كمال الدراية

وجمع الرواية والدراية

من شروح ملتقى الأبحر

تأليف

العلامة محمد بن ولي بن رسول
الإزميري الحنفي
المتوفى ١١٦٥هـ

اعتنى به وضبطه

محمد مصطفى الخطيب

الجزء السادس

البيوع، الصرف



أسسها محمد علي بيضون سنة 1971 بيروت - لبنان
Est. by Mohammad Ali Baydoun 1971 Beirut - Lebanon
Établie par Mohamad Ali Baydoun 1971 Beyrouth - Liban

كمال الدراية

وجمع الرواية والدراية

من شروح ملتقى الأبحر

الكتاب : كمال الدراية وجمع الرواية والدراية

Title : KAMĀL AD-DIRĀYA WA JAM' AR-RIWĀYA WA AD-DIRĀYA

التصنيف : فقه حنفي

Classification: Hanafit Jurisprudence

المؤلف : العلامة محمد بن ولي بن رسول الإزميري (ت ١١٦٥ هـ)

Author : Al-Alama Mohammed ben Waly ben Rasul Al-Izmiry (D. 1165 H.)

المحقق : محمد مصطفى الخطيب

Editor : Mohammed Mostafa Al-Khatib

الناشر : دار الكتب العلمية - بيروت

Publisher: Dar Al-Kotob Al-Ilmiyah - Beirut

Pages	(11 Vols/11 P) 5904 (١١ مجلد/١١ جزء)	عدد الصفحات
Size	17x24 cm	قياس الصفحات
Year	2017 A.D. - 1438H.	سنة الطباعة
Printed in	Lebanon لبنان	بلد الطباعة
Edition	1st (2 Colors) الأولى (لونان)	الطبعة

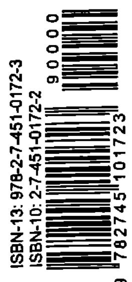
http://www.al-ilmiyah.com info@al-ilmiyah.com sales@al-ilmiyah baydoun@al-ilmiyah.com

Dar Al-Kotob Al-ilmiyah

Est. by Mohamad Ali Baydoun 1971 Beirut - Lebanon

Aramoun, al-Quebbah, Dar Al-Kotob Al-ilmiyah Bldg.
Tel : +961 5 804 810/11/12
Fax: +961 5 804813
P.o.Box: 11-9424 Beirut-Lebanon,
Riyad al-Soloh Beirut 1107 2290

عرمون، القبة، مبنى دار الكتب العلمية
هاتف: ٨٠٤٨١٠/١١/١٢ ٥ ٩٦١+
فاكس: ٨٠٤٨١٣ ٥ ٩٦١+
ص.ب: ٩٤٢٤-١١ بيروت-لبنان
رياض الصلح-بيروت ١١٠٧٢٢٩٠



(كتاب البيوع)

(كِتَابُ البيُوعِ)

....

كتاب البيوع

إنّما ذكره بعد الوقف؛ لأن كلاً منهما يكون سبباً لزوال الملك عن صاحبه، إلّا أنّه في الوقف يزول لا إلى مالك، فنزّل الوقف في ذلك منزلة المفرد من المركب، والمفرد مقدّم على المركب في الأجود، فقدّم الوقف على البيع في الوضع.

ثم لفظ البيع مصدر، قد يراد به: المبيع مبيناً للمفعول؛ فيقال: بيع جديد، فيجمع باعتباره، كما يجمع المبيع.

وقد يراد به: المعنى المصدري، وهو الأصل، فجمعه باعتبار أنواعه الحاصلة من اعتبار المبيع و الثّمن؛ فإنه يتنوّع إلى:

سَلَم، وهو: بيع الدّين بالعين.

وإلى: بيع مطلق، وهو: بيع العين بالدين.

وإلى: صرف، وهو: بيع الثمن بالثمن.

وإلى: مقايضة، وهو: بيع العين بالعين.

وإلى: منجّز، ومؤجل، ومرابحة، وتولية؛ ووضيعة.

ثم إنه من الأضداد.

وفي «المغرب»: يقال: باع الشيء إذا شراه أو اشتراه، و يعدّى إلى المفعول الثاني بنفسه وبحرف الجر، تقول: باعه الشيء وباع منه، وقد يدخل «مِن» على المفعول الأوّل على وجه التأكيد، فيقال: بعت من زيد الدار على ما في «المصباح».

والمُراد بكونه من الأضداد: إطلاقه على الضدين بالاشتراك المعنوي، كما هو شأن سائر ما يكون من الأضداد؛ كالمولى، لا بطريق الاشتراك اللفظي.

البيعُ: مُبَادلَةُ مَالٍ بِمَالٍ، ....

ويؤيده: ما في «المصباح»؛ حيث قال: والبيع من الأضداد؛ مثل «الشراء»، ويطلق على كلّ واحد من المتعاقدين: أنه بائع، لكنه إذا أطلق البائع.. فالمتبادر إلى الذهن بائع السّلعة. هذا؛ فإن المتبادر منه: الإطلاق بطريق الاشتراك المعنوي بأن يوضع في اللغة بإزاء معنى، وهو: تمليك المال بالمال.

ويطلق باعتبار هذا على كلّ من الطرفين.

وثبوته بالكتاب، والسّنة، والإجماع، والمعقول؛ لأن تعلّق البقاء المقدر بتعاطيه يدلّ على ثبوته.

وركنه: الإيجاب والقبول على ما سيأتي.

وحكمه: إفادة الملك.

وشرطه من جهة العاقدين: العقل والتمييز.

ومن جهة المحل: كونه مالاً متقوّماً مقدور التسليم.

واختلفت عباراتهم في معناه؛ ففي «العناية»: تمليك المال بالمال.

وفي «فتح القدير» نقلاً عن فخر الإسلام: مبادلة المال بالمال.

والفرق بين المعنيين: أنّ البيع على الأول يقوم بالواحد، وعلى الثاني يقوم بالاثنين.

وإليه أشار بقوله: (**البيع: مبادلة مال بمال**) أي: العقد الحاصل بالمبادلة، وإلّا.. فالمبادلة من مقولة الفعل.

والبيع الشرعي: هو العقد الشرعي الذي هو من مقولة الانفعال، فلا يصحّ حمل أحدهما على الآخر؛ أي: التعريف به، ولا بدّ من زيادة قيد «التراضي»؛ فرقاً بين معناه الشرعي واللغوي على ما ذكره فخر الإسلام، واحترازاً عن بيع المكره، وإنما تركه لانفهامه، ولجعله مشتملاً على جميع أنواع البيع لازماً [١/ب] أو غير لازم.

وَيَنْعَقِد: بِإِيجَابٍ وَقَبُولٍ، ....

وبيع المكره منعقد وإن لم يلزم، حتى لو أذنه.. نفذ، ولكنّه لا بدّ فيه من قيد: «بطريق الاكتساب»؛ ليخرج المبادلة بطريق التبرّع والهبة بشرط العوض والتضمين؛ كمن خرق ثوب رجل خرقاً فاحشاً، أو غصبه وأتلفه فتراضيا على دفع الثوب وأخذ القيمة.. فإنها ليست ببيع.

واعلم: أن البيع في الشرع لما كان عبارة عن مبادلة مال بمال.. لم يكن من الأضداد بحسب معناه الشرعي؛ لأنه حينئذ عبارةً عن مجموع بعت واشتريت، على ما يدل عليه قوله.

وينعقد بإيجاب وقبول.. فلا يصدق على واحد منهما حتى يكون من الأضداد، بخلاف معناه اللغوي على تمليك المال بالمال؛ فإنه يصدق على كلّ من الطرفين، فيكون من الأضداد، فظهر منه، ضعف ما ذكره في «العناية»: من أنه من الأضداد لغة واصطلاحاً.

(**وينعقد بإيجاب وقبول**) يعني: إذا سمع كلّ كلام الآخر، حتى لو قال البائع: لم أسمعه وليس به.. صحّ، وقد سمعه من في المجلس.. لا يصدق، على ما في «فتح القدير».

والمراد بالانعقاد: تعلّق كلام أحدهما بالآخر تعلّقاً شرعياً؛ بحيث يظهر أثره في المحلّ؛ أي: ويحصل البيع الشرعي وهو المبادلة المذكورة بتعلّق كلام أحدهما بالآخر شرعاً؛ سواء كان الكلامان:

من شخص واحد؛ كما في بيع الأب من طفله أو شرائه منه؛ فإن عبارة الأب أقيمت مقام العبارتين، حتى لو قال: بعت هذا من ابني، أو اشتريت هذا منه.. ينعقد البيع؛ لأنه كان أصيلاً في حق نفسه ونائباً في حق طفله، ويلزمه ثمن ما شراه منه، فالقاضي ينصب وكيلاً لقبض الثمن للطفل فيردّه على ابنه، فيكون أمانة عنده.

أو من شخصين؛ كما في بيع غيره بلا تعاط.

بِلَفْظَي المَاضِي؛ كبعتُ واشتريتُ، وَمَا دلَّ على مَعْنَاهُمَا.

والإيجاب: عبارة عمّا صدر عن أحد المتعاقدين أولاً؛ سواء كان بائعاً كبعت، أو مشترياً كأن ابتدأ المشتري فيقول: اشتريت منك هذا بكذا.

وإنما سمّي هذا إيجاباً؛ لأن الإيجاب نقيض السلب وهو الإثبات، وكلام من يتكلّم أولاً منهما.. يثبت الرضاء بمدلوله للمتكلّم وخيار القبول للآخر؛ فإذا قبل الآخر.. يسمّى كلامه قبولاً؛ لدلالته على قبول صاحبه.

فإن قيل: إنّ كلام الآخر يثبت لزوم البيع بحيث يسقط خيار المجلس، ورضاء مدلوله لصاحبه.

قلنا: نعم، إلّا أنّهم سمّوه قبولاً؛ تمييزاً له عن الإثبات الأول.

واعلم: أن الإيجاب والقبول: علّة ماديّة ببيع، والمبادلة: صورية له، والعاقدان: فاعلية وحصول الملك: غايته.

فالتعريف المذكور يدلّ على الصّورية بالمطابقة، وعلى الباقي بالالتزام؛ لأن المبادلة لا تكون إلّا بالإيجاب والقبول من الطرفين، ويلزمه حصول الملك بالضرورة.

(**بلفظي الماضي**)؛ إشارة إلى شرط الإيجاب والقبول؛ (**كبعت واشتريت** [٢/أ] **أو ما دلّ على معناهما**)؛ كأعطيتك بكذا، والآخر رضيت على ما سيأتي.

وهذا؛ لأن البيع إنشاء تصرّف شرعي؛ لكونه إثبات ما لم يكن من النقود الشرعيّة، وكلّ ما هو كذلك.. يعرف بالشرع أمّا الصغرى: فلما ذكرناه، وأما الكبرى: فلأن الأمور الشرعية لا تتلقى إلّا من الشرع؛ إذ لا مدخل للرأي فيه ووضع اللغة لم يضع للإنشاآت الشرعية لفظاً خاصّاً؛ لأنها إنّما تعرف بالشرع، فاستعمل الشرع ما وضع للإخبار عن الماضي لغة؛ لإنشاء الحال الشرعي من البيع وغيره، فينعقد به.

وإنما اختار لفظ الماضي؛ لأنه يدلّ على تحقق الوجود؛ فإذا قصد إنشاء شيء وإيجاده.. فاللفظ الذي لزمه الوجود: أحق به، وهو لفظ الماضي، فلا ينعقد بلفظين

كلاهما أو أحدهما مستقبل أو أمر؛ لعدم ورود الشرع فيه، ولأن المستقبل إن كان من البائع؛ نحو: أبيع.. يكون وعداً لا بيعاً، وإن كان من المشتري.. يكون مساومة وطلباً لا بيعاً.

حتى لو قال المشتري: بعني هذا بكذا، فقال البائع: بعت.. فلا يتم البيع ما لم يقل المشتري اشتريت أو قبلت.

وكذا لو قال البائع: اشتر مني هذا بكذا، فقال المشتري: اشتريت.. لا يتم البيع ما لم يقل قبلت.

هذا وجه ما قاله الطحاوي: إنّ البيع قد ينعقد بثلاثة ألفاظ؛ قالوا: إن صيغة الأمر لا تكفي عن الإيجاب في البيع والإقالة، وتكفي في النكاح والخلع والعتق والهبة والإبراء من الدّين والكفالة؛ فلو قال: زوجني ابنتك، فقال: زوّجتك.. يتم النكاح.

ولو قال: خالعني بكذا، فقال خالعت.. يتم الخلع.

ولو قال لعبده: اشتر نفسك مني بألف، فقال فعلت.. عتق.

ولو قال: هب لي، فقال: وهبته منك.. تمت الهبة.

ولو قال لصاحب الدين: أبرئني عما لك من الدين، فقال: أبرأتك.. تمت البراءة.

ولو قال: اكفل بنفس فلان لفلان، فقال: كفلت.. تمت الكفالة.

فإذا كان غائباً فقدم وأجاز كفالته.. جاز.

وإن عدم انعقاد بالمستقبل؛ إذا كان اللفظان أو أحدهما مستقبلاً بلا نية الإيجاب في الحال، وأما إذا كان المراد ذلك.. فينعقد به البيع؛ لأن صيغة الاستقبال تحتمل الحال، فصحت النية.

وبالتعاطي ....

ورد في «العناية»: بأنّ لفظ المستقبل إنما يكون بالسين أو سوف، وهو لا يحتمل الحال؛ فإن أريد بلفظ المستقبل فيما نحن فيه ذلك.. فلا خفاء في عدم انعقاد البيع به، ونية الحال غير صحيحة؛ لعدم مصادفتها المحل.

وإن أريد به ما يحتمل الاستقبال وهو صيغة المضارع.. فنقول: لا يجوز به البيع أيضاً وإن كان بالنية بالإيجاب في الحال؛ لأنها إنما تعمل في المحتملات لا في الموضوعات الأصلية، والفعل المضارع عند الفقهاء حقيقة في الحال، فلا يحتاج إلى النية، ولا ينعقد به؛ لعدم ورود الأثر فيه، ولكونه وعداً أو مساومة.

أقول: إن المحتاج إلى النية ههنا: إنما هو الإنشائي، لا الحال [٢/ب] الإخباري، وحقيقة المضارع: هو الثاني دون الأول؛ لكونه حقيقة في الحال لا ينافي احتياجه إلى النية للحال الإنشائي.

وأما الأثر الوارد في صيغ الماضي.. فمعلّل بالدلالة على التراضي.

فإذا تصادقا على نية الإنشائي الحالي.. يكون ملحقاً به كالتعاطي.

وأما ما ذكره من الوعد.. فلا يتمشى في صيغ المضارع إذا كان حقيقة في الحال؛ لأنهما إنما يكونان في المستقبل لا في الحال.

فالأصح: أنّ البيع ينعقد بالمضارع بنية الإيجاب في الحال الإنشائي، وإنما لا ينعقد بالمستقبل والأمر، بخلاف النكاح ونحوه؛ فإنه ينعقد بالأمر على ما مرّ في بابه.

(و) ينعقد (**بالتعاطي**) أي: إعطاء المبيع والثمن من الجانبين بلا وجود لفظ منهما.

واختلف فيما يتمّ به البيع بالتعاطي، قيل: إنه يتمّ بالدفع من الجانبين.

وقيل: يتم بتسليم المبيع بلا حاجة إلى تسليم الثمن، وهو المروي عن محمد.

وهل يكون البيع تعاطياً فيما إذا تكلّم أحدهما دون الآخر، كما لو قال: بعت هذا منك بدرهم، فقبضه المشتري ولم يقل شيئاً؟

ففي «غاية البيان» نقلاً عن «الفتاوى الصغرى»: أنه يكون تعاطياً، وقال: نصّ على ذلك شيخ الإسلام خواهر زاده.

وقال في «فتح القدير»: لو قال: كل هذا الطعام بدرهم، فأكله.. تمَّ البيع وأكله حلال، وكذا الركوب واللبس بعد قول البائع: اركبها بمائة، والبسها بكذا أو كذا.

إذا قال: بعتك بألف، فقبضه ولم يقل شيئاً.. كان قبضه قبولاً، بخلاف بيع التعاطي؛ فإنه ليس فيه إيجاب، بل قبض بعد معرفة الثمن فقط؛ ففي جعل مسألة القبض بعد قوله: «بعتكه بكذا» من صورة التعاطي كما فعله بعضهم.. نظر. انتهى.

فخصَّ التعاطي بصورة إعطاء المبيع والثمن من الجانبين بلا كلام منهما، لكنه قال في «الخلاصة» نقلاً عن الحلواني: إنه أفتى أن التعاطي بأحد الجانبين لا يكون بيعاً.

ثم نقل عن «الفتاوى»: رجل جاء إلى القصّاب، وقال له: كم تعطي من هذا اللحم بدرهم؟ فقال: منوين، فقال له: زن منوين، فوزن القصّاب ودفع إلى الرجل، وأخذ الدرهم ولم يقل القصاب: بعت، ولا قال المشتري: اشتريت وتفرقا على ذلك.. فهو جائز، ويعتد بذلك الوزن.

ثم لو وزن اللحم يوماً فوجده أنقص.. يرجع عليه بقدر النقصان من الدراهم دون اللحم.

ثم قال: رجل دفع درهماً إلى قصّاب وأخذ اللحم بعد الوزن، هل يحلّ للمشتري أن يأكله قبل أن يزنه ثانياً؟

لا يخلو؛ إما أن اشترى القصاب اللحم بشرط الوزن، أو ذبح شاته.

فِي النَّفِيسِ والخَسِيسِ، هُوَ الصَّحِيحُ.

إن اشترى موازنة.. لا يحلّ للمشتري حتى يزنه ثانياً، كما لا يجوز بيعه قبل أن يزنه ثانياً.

وإن ذبح القصّاب شاته.. يحل للمشتري بدون الوزن ثانياً.

والسلف يكون الموازين في البيوت [٣/أ] لهذا احتياطاً.

ومن أنواع بيع التعاطي: الاستصناع، قال في «فتاوى الأنقروي»: الاستصناع جائز استحساناً، وهو مواعدة عند بعضهم؛ فإذا جاء وسلّم.. يصير بيعاً بالتعاطي.

والصحيح: أنه عقد، والصانع إذا قبض الثمن.. يملكه قبل العمل، ثم للصّانع أن لا يصنع، وله أن يشتري المشروط ويسلّم، وإن استصنع.. لا يجبر على إعطاء الثمن وإن شرطا التعجيل، وللصانع بيعه إن قبل أن يراه المستصنع؛ لأنه ملكه ولم يقع العقد عليه بعينه؛ فإن رآه ورضي به.. لم يكن له بيعه، ويبطل الاستصناع بموت أحدهما.

وما لا تعامل فيه: لا يجوز الاستصناع فيه. انتهى، نقلاً عن «شرح القنية».

(**في النفيس**) أي: ما يكثر قيمته؛ كالعبد والإماء والفرس ونحوها.

(**والخسيس**) أي: ما يقل قيمته؛ كالبقل والرمان واللحم والخبز ونحوها. على ما في «النهاية».

قال نصير: سمعت أبا معاذ قال: رأيت سفيان الثوري جاء إلى صاحب الرمان فوضع عنده فلساً وحمل رمانة ولم يتكلم ومضى، قال الفقيه: وبهذا نأخذ بجواز البيع بالتعاطي، وإن لم يتعاقدا عقد البيع، إلّا في قول الخوارج.

(**هو الصّحيح**) على ما نصّ عليه محمّد، احترز به عن قول الكرخي: إنه ينعقد في الخسيس فقط؛ لجريان العادة فيه دون النفيس.

وجه الصحيح: أن العبرة بالمعنى، وهو التراضي من الجانبين، دون الصورة، وقد وجد المعنى ههنا.

وَلَو قَالَ: خُذْهُ بِكَذَا، فَقَالَ: أَخذتُ، أَو رضيتُ.. صَحَّ.

ثم شرع لبيان قوله: «وما دلّ على معناهما» فقال: (**ولو قال: خذه بكذا، فقال**) المشتري: (**أخذت، أو رضيت.. صحّ**) البيع.

وكذا لو قال المشتري: اشتريت هذا منك بكذا، فقال البائع: خذه بذلك.. صحّ البيع؛ لأنه أمر بالأخذ بالبدل، وهو لا يكون إلّا بالبيع، فقدر البيع اقتضاء؛ فكأنه قال: بعت بذلك فخذه، فينعقد البيع بهذا الاعتبار، لا بلفظين؛ أحدهما: أمر، فصار كل ما يؤدي معنى بعت واشتريت سواء في انعقاد البيع به؛ لأن المعتبر في هذه العقود: هو المعنى، وقد وجد.

بخلاف نحو شركة المفاوضة؛ فإنها تحتاج إلى اللفظ، ولا تنعقد بدونه؛ إذا لم يبينا جميع ما تقتضيه الشركة.

وكذا الطلاق والعتاق يحتاج إلى اللفظ، ومجرد المعنى غير معتبر على ما في «فتح القدير» و«الكتاب».

والإرسال كالخطاب حتى إذا كتب: أمّا بعد: فقد بعت عبدي فلاناً منك بكذا، أو قال لرسوله: بعت هذا من فلان الغائب بألف، فاذهب وأخبره بذلك، فوصل الكتاب إلى المكتوب إليه، أو أخبر الرسول المرسل، فقالا: في مجلس بلوغ الكتاب والرسالة: اشتريت أو قبلت.. تمّ البيع بينهما؛ لأن الكتاب من الغائب: كالخطاب من الحاضر؛ لأن النبي ﷺ كان يبلغ تارة بالكتاب، وتارة بالخطاب، وكذلك الرسول معبّر وسفير، فنقل كلامه إليه؛ فإذا اتصل به الجواب.. ينعقد البيع.

ولو أخبره غير الرسول بغير أمره؛ فقيل: لا ينعقد البيع؛ لأنه ليس رسولاً، بل هو فضوليّ.

ولو قال: بلّغه يا فلان، فبلغه، فقبل.. جاز. كذا في «فتح القدير».

ولو كتب المشتري: بعنيه بكذا، فوصل إلى البايع، فقال: بعته.. لا يتم البيع، ما لم يقل المشتري: قبلت. كذا قالوا.

فإن قيل: هذا مخالف لما ذكر في «المبسوط»: أنه لو كتب إليه بعني بكذا، فقال: بعته.. يتمُّ البيع.

فالجواب عنه على ما في «فتح القدير»: أنه ليس مراد محمد ههنا من هذا الكلام سوى الفرق بين النكاح والبيع في اشتراط الشهود وعدم اشتراطه؛ أي: يتم بلا شهود، لا بيان اللفظ الذي ينعقد به البيع.

وقيل: بالفرق بين الحاضر والغائب فبعني من الحاضر يكون استياماً عادة، لا شطر العقد.

وأما من الغائب بالكتاب.. فيراد به أحد شطري العقد، فلا يحتاج إلى قبول.

هذا، وهل يصح رجوع الكاتب والمرسل عن الإيجاب الذي كتبه وأرسله قبل بلوغ الخبر وقبوله؟

ففي «شرح الطحاوي»: إذا رجع عن ذلك قبل قبوله.. صحّ رجوعه؛ سواء علم الرسول أو لم يعلم، حتى لو قبل بعد ذلك.. لا يتم البيع؛ لأنه يملك الرجوع من شطر العقد قبل قبول صاحبه؛ لعدم تمام العقد.

بخلاف ما إذا وكّل وكيلاً بالبيع، ثم عزله بغير محضر منه.. فإنه لا يصح عزله بدون علمه.

وفي «العناية»: وعلى هذا الجواب في الإجارة والهبة والكتابة؛ أي: يتم بقبول الآخر في ذلك المجلس في حق المرأة والعبد بالإجماع؛ فإن من قال: خالعت امرأتي فلانة الغائبة على ألف درهم، فبلغها الخبر فأجازت أو قبلت.. صحّ.

وكذا إذا قال: أعتقت عبدي فلاناً الغائب بألف درهم؛ فإنه يتوقف على إجازة العبد.

وأما في جانب العبد والمرأة.. لا يتوقف إذا كان الزوج والمولى غائبين، كذا في «غاية البيان» و«فتح القدير».

وَإِذا أَوجَبَ أَحدُهمَا.. فللآخر أَن يقبلَ كُلَّ المَبِيعِ بِكُلِّ الثّمنِ فِي المجْلِسِ أَو يتْركَ، ....

(وإذا أوجب أحدهما) البيع بأن قال: بعتك هذا بكذا، وقال المشتري: اشتريت هذا منك بكذا (.. فللآخر أن يقبل كل المبيع بكل الثمن في المجلس، أو يترك)؛ لأنه لو لم يكن مختاراً في الرد والقبول.. لكان مجبوراً على أحدهما، وانتفى التراضي، فما فرضناه بيعاً.. لم يكن بيعاً؛ لانتفاء شرط الصحة.

وكما كان الآخر مختَاراً في الرد والقبول.. كان أحدهما؛ أي: الموجب مختاراً أيضاً في الرجوع عن إيجابه، وبقاؤه على إيجابه قبل قبول الآخر؛ لأن إيجابه لما لم يكن مفيداً للحكم بدون قبول الآخر.. جاز له الرجوع عنه؛ لخلوّه عن إبطال حق الغير.

فإن قيل: سلّمنا أن إيجابه غير مفيد للحكم وهو الملك، لكن حق الغير لم ينحصر في ذلك؛ فإن حق التملك ثبت للمشتري بإيجاب البائع، وإذا لم يكن مفيداً للحكم وهو [٤/آ] الملك.. كان الملك في الحقيقة للبايع، وحق التملك للمشتري.

وإن سلّم ثبوته بإيجاب البائع.. لا يمنع الحقيقة؛ لكونها أقوى من الحق لا محالة.

واعترض عليه: بأنّ المزكي إذا دفع زكاته إلى السّاعي قبل الحول.. لا يقدر على الاسترداد؛ لتعلّق حقّ الفقير بالمدفوع، مع أنّ حقيقة الملك باق للمزكي قبل الحول.

وأجيب عنه: بأنّا لا نسلم أن حقيقة الملك باق للمزكّي، بل هي قد زالت عن المزكي بالدفع، فعمل الحق عمله؛ لانتفاء ما هو أقوى منه.

قد ذكرنا قبيل باب العاشر من كتاب الزكاة: أن الدفع إلى الساعي قبل الحول هل يزيل ملكه عن المدفوع أم لا يزيله؟ وأن الدفع إلى الفقير يزيله مطلقاً.. فارجع إليه.

لَا بَعْضاً دونَ بعضٍ،..

قوله: «في المجلس» إشارة إلى أن خيار القبول يمتدّ إلى آخر المجلس وإن طال، وينقطع دونه، فلا يبطل الإيجاب عقيب خلوّه عن القبول؛ لأن في إبطاله عسراً بالمشتري، وفي امتداده فيما وراء المجلس عسراً بالبايع، وفي التوقف على المجلس يسراً بهما، والمجلس جامع للمتفرقات، فجعلت ساعاته ساعة واحدة؛ دفعاً للعسر وتحقيقاً لليسر، بخلاف العتق والخلع المعلقين على مال؛ بأن قال: إن أدّيتني ألف درهم فأنت حرّ أو طالق؛ لأنهما لمّا اشتملا على اليمين من جانب الزوج والمولى وهو تعليق العتق والطلاق على قبول العبد والمرأة بالمال.. كان ذلك مانعاً عن الرجوع في المجلس، فيمتد الإيجاب فيهما إلى ما وراء المجلس.

(**لا بعضاً**) من البيع (**دون بعض**) أي: بعض الثمن، أو كل المبيع ببعض الثمن؛ لأن فيه تفريق الصفقة، وكلّ من العاقدين لا يملك ذلك؛ لما فيه من الضرر لأحدهما:

لأن المبيع إن كان شيئاً واحداً.. ألزم ضرر الشركة للمشتري أو للبايع، وإن كان متعدّداً.. فالعادة ضمّ الجيّد إلى الرديء، ونقص ثمن الجيد لترويج الرديء؛ فلو ثبت خيار القبول في البعض.. لقبل المشتري العقد في الجيد وترك الرديء، فيزول الجيد عن يد البائع بأقل من ثمنه، فيتضرر البائع بهذا.

وأما المشتري: فلأنه إذا أوجب البيع بأن قال اشتريت هذه الأثواب، فليس للبايع أن يقبل في بعضه؛ لتضرّر المشتري بتفريق الصفقة عليه؛ لأنه قد يتعلق غرضه بالجميع ويعسر عليه تحصيله؛ فإذا لم يخير.. أخذ البعض بالبعض؛ فلأن لا يجوز أخذ الكل بالبعض: أولى.

فإن قيل: إذا رضي البائع في المجلس بما قبله المشتري بقوله: اشتريت هذا بكذا.. فهل يصح العقد؟

قلنا: يصح، ويكون ذلك من المشتري استئناف إيجاب، ورضاء البائع قبولاً، فكأن المشتري قال أولاً: اشتريت [٤/ب] هذا بكذا، وقال البائع: قبلته.

إِلّا إِذا بَيَّنَ ثمنَ كلٍّ.

وهذا يصح مطلقاً؛ سواء.

كان للبعض الذي قبله المشتري حصّة معلومة من الثمن؛ كما إذا بيّن ثمن كلّ على ما سيأتي ذكره وكما في القفيزين باعهما بعشرة؛ لأن الثمن إنما ينقسم عليهما باعتبار الأجزاء، فيكون حصّة كلّ معلوماً.

أو لا يكون؛ كما إذا أضاف العقد إلى عبدين أو ثوبين ولم يذكر لكلّ منهما ثمناً؛ إذ ليس فيه البيع بالحصة ابتداء حتى لا يجوز على ما ظن، بل كان هذا استئناف عقد جديد على طريق أن يكون المشتري موجباً والبائع قابلاً على ما ذكرناه.

وإنما يكون البيع بالحصة ابتداء أن لو قال المشتري: اشتريت هذا، بدون ذكر الثمن فيرضيه البايع؛ لأنه في معنى اشتريت هذا العبد بحصة من الألف الموزع على قيمته؛ وقيمة ذلك العبد الآخر، وهو باطل؛ لجهالة الثمن وقت البيع.

(إلا إذا بيّن ثمن كلّ)؛ لأنه حينئذ تتفرق الصفقة، فلا يتضرر أحدهما، وهذا عندهما، خلافاً لأبي حنيفة؛ لأن بمجرد بيان الثمن لا تتعدد الصفقة عنده، بل لابد من تكرر لفظ البيع أيضاً؛ بأن قال: بعت هذا بكذا وبعت ذاك بكذا.

وأما عندهما: فتعدد الصفقة بمجرد قوله: بعتك هذين كل واحد بكذا أو بعتك هذه العشرة كلّ واحد منها بكذا.

اعلم: أن الصفقة عبارة عن ضرب أحد العاقدين يده على يد الآخر في البيع، ثم جعلت عبارة عن العقد نفسه، والعقد يحتاج إلى: مبيع وثمن وبائع ومشترٍ وبيع وشراء، وباتحاد بعض هذه الأشياء مع بعض وتفرقها.. يحصل اتحاد الصفقة وتفرقها؛ فإذا اتحد الجميع.. اتحدت الصفقة، وكذا إذا اتحد الجميع سوى المبيع؛ كقول البائع: بعتهما بمائة، فقال: قبلت.

واتحاد الجميع سوى الثمن لا يتصور، فيكون تعدّده مع تعدد المبيع؛ كأن قال: بعتهما بمائة، فقال: قبلت أحدهما بستين والآخر بأربعين، وذلك صفقة واحدة أيضاً.

وَإِن رَجَعَ المُوجِبُ ....

واتحاد الجميع سوى البائع؛ كأن قال البائعان: بعنا منك هذا بمائة، فقال: قبلت.. توجب اتحاد الصفقة أيضاً.

واتحاد الجميع سوى المشتري؛ كأن قال: المشتريين بعته منكما بمائة، فقالا: قبلنا، كذلك توجب اتحاد الصفقة أيضاً، حتى لو قبل أحدهما دون الآخر.. لتفرقت الصفقة.

وتفرق الجميع يوجب تفرق الصفقة.

وتفرق المبيع والثمن إن كان بتكرير لفظ البيع.. فكذلك يوجب تفرق الصفقة؛ مثل أن يقول: بعتك هذين العبدين بعتك هذا بألف وبعتك هذا بألف، وكذا تفرقهما بتكرير لفظ الشراء، مثل أن يقول: اشتريت منك هذين اشتريت هذا بألف واشتريت هذا بألف.. هذا كله [٥/أ] قياساً واستحساناً.

وأما تعدّد البائع مع تعدد المبيع والثمن بلا تكرير لفظ البيع، وكذا تفرق المشتري مع تفرق المبيع والثمن بدون تكرير لفظ الشراء.. فيوجب التفرق قياساً لا استحساناً.

وظاهر «الهداية»: على القياس.

وقيل: لا يوجب التفرق على قول أبي حنيفة، ويوجبه على قولهما؛ يعني: أن قول أبي حنيفة قياس، وقولهما استحسان.

(وإن رجع الموجب) عن إيجابه قبل قبول الآخر؛ سواء كان الموجب بائعاً أو مشترياً؛ فإن قيل: هل له أن يرجع عن إيجابه؟ قالوا: نعم؛ لعدم المانع؛ إذ ليس فيه إبطال حق الغير؛ لأن إيجابه لم يفد الملك للآخر بدون القبول، وحق التملك الثابت للمشتري لا يعارض الحقيقة؛ لأن الحقيقة أقوى من الحق، فلا يعتبر في مقابلتها، ولأن الرجوع عنه امتناع عن انعقاد العلة ودفع له، لا إبطال ورفع لها، فيقدر عليه.

أَو قَامَ أَحدُهمَا عَنِ المجْلِسِ قبلَ القَبُولِ.. بَطلَ الإِيجَاب.

(أو قام أحدهما) أي: من الموجب أو القابل (عن المجلس) هكذا وقع في «الهداية».

وقال في «معراج الدراية» قيل: قوله: «قام عن المجلس» دليل على أن الذهاب عنه شرط في بطلان الإيجاب؛ لأن القيام عنه يتحقق بالذهاب، أمّا لو لم يذهب.. لا يقال: قام عنه، بل يقال: قام فيه. انتهى.

ويدلّ على اشتراط الذهاب عنه: ما ذكره شيخ الإسلام خواهر زاده في شرح «الجامع الصغير»؛ حيث قال: إذا قام البائع ولم يذهب عن ذلك المكان ثمَّ قبل المشتري.. صحّ العقد.

وقال في «فتح القدير»: واختلاف المجلس: باعتراض ما يدلّ على الإعراض من الاشتغال بعمل آخر ونحوه؛ أما لو قام أحدهما ولم يذهب.. فظاهر «الهداية» وعليه مشى جمع: أنه لا يصح القبول بعد ذلك، وإليه ذهب «قاضي خان»؛ حيث قال؛ فإن قام أحدهما.. بطل الإيجاب؛ لأن القيام دليل الإعراض.

فإن قيل: الصريح أقوى من الدلالة؛ فلو قال بعد القيام: قبلت.. ينبغي أن لا يثبت الإعراض.

قلنا: الصريح إنما كان أقوى ويعمل به إذا بقي الإيجاب بعد قيامه، وهنا لم يبق؛ فإن الأصل أن لا يبقى اللفظ بعد الفراغ منه.

(قبل القبول) متعلّق بكلّ من الفعلين (.. بطل الإيجاب).

أما في صورة الرجوع: فلأن بقاء الفعل الاختياري إنما يكون بإرادة فاعله له، والإيجاب من الأفعال الاختيارية، فلا بدّ لبقائه من الإرادة.

فإن قيل: قد تقرر في محلّه: أن بقاء الحكم مستغن عن العلة.

قلنا: نعم، إلا أن ذلك في الحكم بمعنى الأثر الحاصل، لا في الفعل بمعنى التأثير؛ لأن بقاءه بتجدد الأمثال، فلا بدّ له من الإرادة.

وأما في القيام عن المجلس: فلأنه لابدّ من اتحاد المجلس، والمجلس إنما يتحد بأن لا يشتغل أحدهما بعمل غير ما عقد له [٥/ب] المجلس، أو بما هو دليل الإعراض عن العقد، على ما صرّح به في «المعراج» و«المجتبى»: والقيام عن المجلس؛ أي: الذهاب عنه: دليل الإعراض، فيترتب عليه حكمه، ولهذا قالوا: لو تبايعا وهما يمشيان أو يسيران معاً على دابة أو دابتين؛ إن لم يفصلا بين كلامهما بسكوت.. انعقد البيع، وإن فصلا.. لم ينعقد؛ لاختلاف المجلس.

وقال بعضهم: ينعقد وإن فصلا بسكوت، ما لم يتفرقا بالأبدان.

والأول: أصح، على ما في «الاختيار».

ولو تبايعا في سفينة تجري ففصلا بين كلامهما بسكتة.. فلا يمنع انعقاد البيع؛ لأنهما لا يملكان إيقافها، فكانت بمنزلة البيت، فجريانها لم يضف إليهما، فلا ينقطع مجلسهما بجريانها، بخلاف الدابة؛ لأنهما يملكان إيقافها، فيضاف سير الدابة إليهما؛ كمن قرأ آية سجدة مراراً في سفينة جارية.. فإنه لا يجب عليه إلّا سجدة واحدة، ومن قرأها يمشي أو يسير على دابة.. فإنه يجب عليه سجدة على حدة لكلّ قراءة؛ لاختلاف المجلس على ما في «الغاية».

وهل يبطل المجلس بالقيام عنه لمصلحة؟

ففي «القنية»: لو قال المشتري: اشتريته بكذا، فقام البائع لمصلحة له لا معرضاً وقال: بعت.. لا يصح. انتهى.

وهذا؛ لأن قيامه عنه دليل الإعراض وإن قام لمصلحة، والدلالة تعمل عمل الصريح ما لم يعارضها الصريح قبل أن تعمل عملها.

ولو كان المُشتري في صلاة الفريضة أو النافلة، فقال البائع: بعتك كذا بكذا فأضاف إليها ركعة أخرى، ثم قبل.. جاز.

ولو كان في يده قدح ماء فشرب، ثم قال: قبلت.. جاز.

وَإِذا وَجِدَ الإِيجَابُ وَالقَبُولُ.. لزمَ البيعُ بِلَا خِيَارِ مجْلِسٍ.

وكذا لقمة لا تبدل المجلس؛ أما إذا اشتغل بالأكل.. تبدل، كذا في «الخلاصة».

(وإذا وجد الإيجاب والقبول.. لزم البيع بلا خيار مجلس) لواحد منهما، إلا خيار عيب ورؤية؛ لأن الإيجاب والقبول يفيدان حقيقة الملك؛ لقوله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ لَا تَأۡكُلُوٓاْ أَمۡوَٰلَكُم بَيۡنَكُم بِٱلۡبَٰطِلِ إِلَّآ أَن تَكُونَ تِجَٰرَةً عَن تَرَاضٖ مِّنكُمۡ﴾ [النساء:٢٩]؛ حيث أباح الأكل في المجلس بوجود التجارة عن تراض، والبيع تجارة، فدل بإطلاقه على نفي الخيار وصحة وقوع حقيقة الملك للمشتري، والقول بالخيار نسخ له، فلا يجوز، ولأن الثابت قبل القبول: هو مجرد حق التملك، فلو لم يثبت بعده حقيقة الملك.. لم يكن للقبول فائدة أصلاً، وذلك باطل.

فإذا ثبت له حقيقة الملك.. فالفسخ بعده بخيار المجلس إبطال لحق الغير، فلا يجوز.

وقال الشافعي: لكل منهما خيار [٦/أ] المجلس؛ لقوله ﷺ: «عدم المتبايعان بالخيار ما لم يتفرقا»، حملاً للخيار فيه على خيار المجلس، والتفرق: على التفرق بالأبدان لا الأقوال؛ لعدم جواز قيام العرض بالعرض.

قلنا: المراد بالخيار فيه: خيار القبول على ما روي عن إبراهيم النخعي، لا خيار المجلس، وذلك لأن الأحوال ثلاث قبل كلامهما، وبعد كلامهما، وبعد كلام الموجب قبل كلام القابل، ولفظ: «المتبايعان» مجاز في الأول والثاني باعتبار الكون، وحقيقة في الثالث، فيكون مراداً، أو يحتمل أن يراد، فيحمل عليه؛ لئلا يلزم إبطال حقّ الغير.

وأما التفرق.. فيجوز أن يراد به: التفرق بالأبدان على ما رواه «الإتقان» عن الطحاوي، وأن يراد به التفرق بالأقوال: على ما روي عن أكثر أصحابنا؛ لأن بعد حمل الخيار على خيار القبول.. يجوز حمل التفرق على كل من التفرق بالأبدان والتفرق بالأقوال؛ بأن يقول أحدهما: بعت، والآخر: لا اشتري.

وقوله: «لزم قيام العرض بالعرض».

قلنا: إن العقود الشرعية لها حكم الجواهر في البقاء، ولو سلم.. فإضافة التفريق والتفرق إلى غير الأعيان شائع سائغ في الشرع، فينزل منزلة الحقيقة، ولو سلم.. فالتفرق عبارة عن عدم الاجتماع، فلا يكون عرضاً؛ لأن العرض قسم من الموجودات الخارجية، ولا خلاف في جواز قيام الأمور العقلية والعدمية بالعرض؛ كالحدوث والإمكان والمخلوقية.

فإن قيل: لا نسلم أن اسم الفاعل مجاز في الماضي، كيف وقد صرح التفتازاني في «شرح التلخيص»: أنه حقيقة في الماضي عند البعض، ولو سلم أنه مجاز فيه، لكن العقود الشرعية لها حكم الجواهر على ما اعترفتم، فيكونان متبايعين حقيقة بعد وجود كلامهما.

أجيب: بأن الباقي بعد كلامهما حكم كلامهما شرعاً، لا حقيقة كلامهما؛ لأنه عرض لا يبقى زمانين، والكلام في حقيقة كلامهما.

فإن قيل: سلمنا هذا، لكن لا نسلم أن إطلاق المتبايعين في الصورة الثالثة حقيقة، بل هو مجاز بالأول.

قلنا: إن اسم الفاعل إذا كان مدلوله ذا أجزاء مترتبة.. يكون إطلاقه حقيقة عند وجود أي جزء كان؛ إذ وجود الجميع في زمان واحد متعذر، وبعد الوجود يكون ماضياً، فبالضرورة اقتصر على وجود جزء واحد؛ كالمصلي والصائم، فمعنى المتبايعين: هو الفاعلان للبيع الشرعي، لا لضد الشرعي: لامتناعه عقلاً، ولا لهما على التوزيع: لامتناعه لغة ووضعاً.

ولما كانا محلاً واحداً للبيع الشرعي.. كانا كشخص واحد، فملابسة الأول لركن البيع: ملابسة الثاني حكماً.

وَيَصِحُّ فِي العِوَضِ المُشَارِ إِلَيْهِ بِلَا معرفَةِ قَدرِهِ وَوَصفِهِ، لَا فِي غَيرِهِ، ...

(ويصح) البيع (في العوض المشار إليه) مبيعاً كان أو ثمناً (بلا معرفة قدره) واحداً أو اثنين.

(ووصفه، لا في غيره)؛ بخاريّ أو سمرقندي؛ لأن الإشارة [٦/ب] لكونها أبلغ طرق التعريف.. كافية في حصول المعرفة المنافية للجهالة المفضية إلى المنازعة المانعة عن التسليم والتسلم اللذين من موجبات العقد، فلا حاجة إلى بيان القدر والوصف.

بخلاف السلم؛ فإن معرفة قدر المسلم فيه ورأس المال ووصفهما: واجبة فيه على ما سيأتي.

وبخلاف بيع الدرهم بالدرهم والدينار بالدينار والحنطة بالحنطة وغيرها من الربويات؛ فإن الإشارة لا تكفي فيها، بل لابد من بيان المساواة؛ لاحتمال الربا، واحتمال الربا مانعة لحقيقة الربا.

إنما قيدنا الوصف بالبخاري والسمرقندي؛ لأنه قال في «الهداية»: والأعراض المشار إليه لا يحتاج إلى معرفة مقدارها.

وقال ابن الهمام في «شرحه»: والتقييد بمقدارها في قوله: «لا يحتاج إلى معرفة مقدارها» احترازاً عن الصفة؛ فإنه لو أراه دراهم، وقال: اشتريت بهذه فوجدها زيوفاً أو بنهرجة.. كان له أن يرجع بالجياد؛ لأن الإشارة إلى الدراهم كالتنصيص عليها، وينصرف إلى الجياد، ولو وجدها ستوقة أو رصاصاً.. فسد البيع، وعليه القيمة إن كان أتلفها.

ولو قال: اشتريت بهذه الصرة من الدراهم فوجد البائع ما فيها بخلاف نقد البلد.. فله أن يرجع بنقد البلد؛ لأن مطلق الدراهم في البيع: ينصرف إلى نقد البلد، وإن وجدها بنقد البلد.. جاز، ولا خيار للبائع.

وبِثَمنٍ ....

بخلاف ما لو قال: اشتريت بما في هذه الخابية، ثم رأى الدراهم فيها.. كان له الخيار، وإن كان نقد البلد؛ لأن العبرة بمعرفة مقدار ما فيها من خارجها، وفي الخابية لا يعرف ذلك من الخارج، وكان له الخيار، ويسمى هذا الخيار: خيار الكمية، لا خيار الرؤية؛ لأن خيار الرؤية لا يثبت في النقود، فعلم أنه لا بد في صحة البيع من معرفة وصفه الذي يضر جهالته بالبيع. كذا في «فتح القدير».

(و) يصح البيع أيضاً (بثمن) اختلفوا في تعريفي: المبيع، والثمن.

فقال الكرخي: المبيع: ما يتعين في العقد. والثمن: ما لم يتعين.

وكل منهما منقوض:

أما تعريف المبيع؛ فلأنه غير صادق للنقدين في الصرف، مع أنهما مبيعان من وجه.

وأما تعريف الثمن؛ فلأنه منقوض بالمقدرات إذا بيعت بغير النقدين عيناً؛ فإنها أثمان من وجه مع تعينها.

وقال أبو الفضل الكرماني في «الإيضاح»: الثمن: ما كان في الذمة، وهو منقوض بالمسلم فيه؛ فإنه يثبت في الذمة، وليس بثمن.

وقيل: المبيع: ما يحله العقد من الأعيان ابتداء، واحترز بقوله: «ابتداء» عن المستأجر؛ فإنه إنما يحله العقد باعتبار قيامه مقام المنفعة على ما ذكر في الإجارة، وعن الثمن أيضاً؛ فإنه إنما يحله العقد بواسطة المبيع، والثمن: ما يقابله، وهذا منقوض بالنقدين [٧/أ] في الصرف لما مر، وببدل المقايضة إذا اعتبر ثمناً، وبالمسلم فيه.

وقال بعض الأفاضل: الثمن: ما كان وسيلة في العقد، والمبيع: ما كان مقصوداً فيه.

وبدلا الصرف؛ إن كانا نقدين.. فكلٌّ منهما وسيلة من حيث إنه لا يراد به الانتفاع بعينه ومقصود من حيث إنه لا يقصد في هذا العقد غيره مما ينتفع بالعين، وإن كان أحد البدلين نقداً دون الآخر.. فالمقصود من البيع ليس إلا الآخر، والنقد وسيلة.

وبدلا المقايضة: إن كانا معينين.. فكل منهما مقصود للآخر ووسيلة لصاحبه، فجاز الاعتباران.

وإن كان أحدهما غير معيّن.. فهو غير مقصود بشخصه، بخلاف الآخر المعين.. فتعين المقصودية للمعين.

بخلاف المُسلم إليه إذا كان رأس المال نقداً؛ فإنه متعين للمقصودية؛ لكون رأس المال وسيلة.

وأما إذا كان رأس المال ثوباً أو عبداً أو نحوهما.. فهو مبيع، والمؤجل ثمن، وأسباب المقصودية: الانتفاع بالعين، والتعين، وعدم ما ينتفع بعينه في العقد، وكون ما يقابله نقداً أو متعيناً للثمنية.

وأسباب الوسيلة: عدم الانتفاع بالعين، وعدم التعين، وعدم ما لا ينتفع بعينه في العقد، وكون ما يقابله مما ينتفع بعينه؛ فما اجتمع فيه سببها.. فالعبرة للأكثر، وإن تساويا يجتمع فيه المبيعة والثمنية، فيكون متردداً، والأول محض، ودخول الباء: فرع الثمينة؛ إذ هي موضوعة للوسائل.

وفي بدل المقايضة المعينين: يجوز دخولها لكل واحد، وفيما عداهما.. يجب دخوله لما اعتبر ثمناً بحسب الوضع.

وإن دخل على غيره؛ فإن وجد علاقة معتبرة وقرينة صارفة.. فمجاز، وإلا.. فغلط، ولا دخل له في تعيين الثمنية، وإلا: يلزم الدور. هذا ما أفاده بعض الأفاضل من أصحابنا.

....

وأما ما تلخص من كلامهم ههنا: فهو أن كلاً من المبيع والثمن ينقسم إلى محض ومتردد:

فالمبيع المحض: هو الأعيان التي ليست من ذوات الأمثال، إلا الثياب الموصوفة التي وقعت في الذمة إلى أجل معلوم بدلاً من عين.. فإنهما أثمان، وليس اشتراط الأجل؛ لكونه ثمناً، بل ليصير ملحقاً بالسلم في كونها ديناً في الذمة.

والثمن المحض: هو ما خلق للثمنية كالدراهم والدنانير؛ فإنهما لا تتعينا في المفاوضات عندنا، ولو عينت؛ لأن قضية العقد في جانب المبيع: ثبوت الملك في العين، فكان الوجود شرطاً للعقد، وقضيته: في جانب الثمن، وجوب الثمن في الذمة؛ لأنه لا وجود له إلا بوجوبه، ووجوبه بالعقد، فكان الوجود حكماً للعقد من هذا الوجه، فلو تعينت.. تتغير قضية العقد، فيصير الحكم شرطاً، وذلك لا يجوز.

والمتردد بينهما: كالمكيلات والموزونات [٧/ب] والمعدودات المتقاربة؛ فإنها مبيعة: نظراً إلى الانتفاع بأعيانها، أثمان: نظراً إلى أنها مثلية كالنقدين؛ فإن قابلها النقدان.. فهي مبيعة لتعين النقدين بالثمنية، وإن قابلها عين؛ فإن كانت المكيلات والموزونات معينة.. فهي مبيعة وأثمان؛ لأن البيع لابد له منهما، وليس أحدهما أولى بأن يجعل مبيعاً من الآخر.. فجعل كل واحد منهما مبيعاً وثمناً، وإن كانت غير معينة؛ فإن دخلت فيها الباء؛ نحو أن يقول: اشتريت هذا العبد بكر حنطة وقد وصفها.. كانت ثمناً، وإن دخلت في غيرها؛ نحو أن يقول: اشتريت الكر بهذا العبد.. كان مبيعاً، ولا يصح إلّا سلماً بشروطه.

هذا ملخص كلامهم، والذي ظهر منه: أن الباء له دخل في تعيين الثمنية، فيرد عليهم: لزوم الدور، اللهم إلا أن يقال: إن مرادهم: أن الباء له دخل في التمييز بين المبيع والثمن بحسب اللفظ، لا بحسب الحقيقة.

حَالٍّ ومُؤَجَّلٍ، بِأَجلٍ مَعْلُومٍ.

ولهذا قال في «العناية»: وبيع غير النقدين بالنقدين: يشمل المبيع المحض والثمن المحض، وما عدا ذلك متردد بين كونه مبيعاً وثمناً، والتمييز في اللفظ بدخول الباء وعدمه.

وقال شيخ الإسلام خواهر زاده في شهادات الجامع: إن المكيل والموزون إذا لم يكن معيناً.. فهو ثمن؛ دخل عليه الباء أو لم يدخل؛ يعني: لا حاجة إليه في التمييز بحسب الحقيقة.

فإن قيل: إنه صرّح في «الفصولين» و«العمادي» وغيرهما نقلا عن الكرخي: أن الدراهم والدنانير يتعينان في العقد غير السلم؛ مستدلاً بقول محمد في «الجامع»: إنه لو قال: إن بعت عبدي بهذا الكر وهذه الألف فهي صدقة، فباعه بها.. يتصدق بالكر لا بالألف.

قال الكرخي: لو لم تتعين الدراهم في العقد.. لما وجب التصدق بشيء؛ إذ الموجود حينئذٍ بعض الشرط وهو الكر، والجزاء لا يلزم بوجود بعض الشرط؛ كقوله: إن بعته هذين، فباعه أحدهما.

أجيب عنه: بأن الشرط هو الإشارة إليه في العقد، والشرط إعلام، فيعتبر بقدر المنصوص عليه، والمنصوص هو الإشارة لا غير؛ فأما التعين في العقد.. فإنه شيء زائد على الشرط.

(حال ومؤجّل)؛ لإطلاق قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ وَحَرَّمَ ٱلرِّبَوٰا﴾، ولما روي أن النبي ﷺ اشترى من يهودي طعاماً إلى أجل ورهنه درعه.

(بأجل معلوم)؛ لما في «الصحيح» عن ابن عباس رضي الله عنهما مرفوعاً: «من أسلف.. فليسلف في كيل معلوم، ووزن معلوم، إلى أجل معلوم».

ولأن الجهالة في الأجل: تفضي إلى المنازعة المانعة من التسليم والتسلّم؛ لأن أحدهما يطالب في مدة والآخر يؤخرها إلى بعيدها؛ فإن قيل: نص البيع المذكور

وَلَوِ اشْترى بِأَجلِ سَنَةٍ فَمنعَ البَائِعُ المبيعَ حَتَّى مَضَتْ، ثـمَّ سَلَّمَ.. فَلهُ أَجَلُ سنةٍ أُخْرَى؛ خلافاً لَهما.

مطلق، واشتراط معلومية الأجل بخبر واحد أو بدليل عقلي: تقييد له، فلا [٨/أ] يجوز؛ لأنه نسخ.

قلنا: إطلاق النص إنما هو بالنظر إلى نفس الأجل، والمعتد بالمعلومية ليس نفس الأجل، بل وقته، والنص ليس بمطلق بالنظر إلى وقت الأجل، فيجوز تقييده بخبر واحد أو بالرأي، فالأولى: أن يقول: «معلوم وقته» وتحقيقه: أن البيع عبارة عن مبادلة مال بمال، فكلّ من المبيع والثمن معتبر في حقيقته، والأجل من صفات الثمن، فيكون من صفات البيع أيضاً، وأما تعيين وقت الأجل.. فليس من صفات البيع، بل من متعلقات صفته؛ فالبيع مطلق بالنسبة إلى صفته.. فلا يجوز تقييده بخبر واحد، وأما بالنسبة إلى متعلّق وصفه.. فليس بمطلق، فيجوز تقييده بخبر واحد وبرأي، ولا يطالب المشتري بالثمن قبل حلول الأجل؛ لأن التأجيل لترفيه المشتري بتأخير المطالبة عنه إلى الأجل، فلا يطالبه قبله، وكذا لا يطالبه بالكفيل قبل حلول الأجل؛ كما في كفالة «القنية»؛ حيث قال: الدائن يطالب المديون بالكفيل قبل حلول الأجل.. ليس له ذلك في ظاهرالرواية، وفي رواية: له ذلك.

(ولو اشترى بأجل سنة) غير معينة، (فمنع البائع المبيع حتى مضت سنة، ثم سلّم) المبيع (.. فله) أي للمشتري (أجل سنة أخرى) عند أبي حنيفة.

(خلافاً لهما)؛ لأن الأجل من وقت العقد يتم، ولا أجل له غيرها، فصار كما لو قال: إلى رمضان، فمنعه حتى دخل رمضان؛ فإن المال فيه حال.

ولأبي حنيفة: أن التأجيل لترفيه المشتري بتأخير المطالبة عنه، ولا مطالبة قبل قبض المبيع، فيعتبر الأجل منه، بخلاف التأجيل إلى رمضان؛ فإنه معين وقد جاءه.

ولو مات البائع بعد تسليم المبيع قبل حلول الأجل.. لا يبطل الأجل.

وَإِن أطلقَ الثّمنَ:

فَإِنِ اسْتَوَتْ مَالِيَّةُ النُّقُودِ ورواجُها.. صَحَّ..............................

ولو مات المشتري قبل الحلول.. حلّ الأجل؛ لأن ما تركه تعين لقضاء دينه، فلا فائدة للتأخير إلى وقت الأجل، ويجوز تأجيل كل دين سوى الفرض؛ لأن تأجيله باطل؛ أي: لا يلزم الأجل بالتأجيل كما يلزم في سائر الديون.

وهل يبطل الأجل المعلوم بالإبطال؟

ففي «البحر»: لو قال المديون: برئت من الأجل، أو لا حاجة لي به.. لا يبطل.

ولو قال: تركته، أو أبطلته، أو جعلت المال حالاً.. بطل الأجل.

قلت: ولو قال بعد التأجيل بأجل معلوم: أعطي لك ما لك قبله إن قدرت.. لا يبطل به الأجل، وبه أفتيت.

واعلم: أنّ التأجيل ثلاثة أضرب:

تأجيل بأيّام أو شهور أو سنين معلومة.. وإنه صحيح لو قبل المطلوب.

وتأجيل إلى أجل مجهول جهالة متقاربة؛ كالحصاد والدياس والمهرجان ونحوها.. فيصح التأجيل، وإن كان البيع به فاسداً.

وتأجيل مجهول جهالة فاحشة [٨/ب].. فإنه باطل؛ كما سيأتي في باب البيع الفاسد.

(**وإن أطلق الثمن**) أي عن ذكر الصفة والبدل لا القدر؛ لأن ذكره واجب؛ لما تقدم من أن جهالة القدر في العوض غير المشار إليه يفضي إلى المنازعة.. كأن قال: اشتريت بعشرة دراهم، ولم يقل: بخارياً أو سمرقندياً أو بلدياً.

(**فإن استوت مالية النقود**) في البلد أي قيمتها (**ورواجها.. صحّ**) البيع، وإن اختلف الاسم؛ كالمصري، والدمشقي، وكالأحادي أي: ما يكون الواحد منه درهماً، والثنائي أي: ما يكون الاثنان منه درهماً، و الثلاثي أي: ما يكون الثلاثة منه درهماً.. فإن الاختلاف في هذه الأسماء لا يؤدّي إلى النزاع، فيصح البيع.

وَلزِمَ مَا قدّرَ من أَيِّ نوعٍ كَانَ.

وجملة هذه المسألة إلى قوله: «ويصح في الطعام»: أنه إذا كان في البلد نقود مختلفة؛ فإما أن يكون الاختلاف في المالية والرّواج معاً، أو في المالية دون الرواج، أو في الرواج دون المالية، أو لا يكون في شيء منهما بل في مجرد الاسم.

قوله: «فإن استوت مالية النقود ورواجها صحّ».. إشارة إلى القسم الرابع، وسيأتي الإشارة إلى كل من الثلاثة الباقية.

(ولزم ما قدّر) من المقدار؛ كعشرة مثلاً من أيّ نوع كان من الدراهم والدنانير؛ إذ المطلق ينصرف إلى المتعارف في البلد.

(من أيّ نوع كان) من غير تقييد بنوع معين؛ إذ لا منازعة فيه؛ للاستواء في المالية والرواج، حتى لو باع عبداً بألف درهم.. فله أن يعطي ألفاً من الآحاد، أو ألفين من الثنائي، أو ثلاثة آلاف من الثلاثي، لو أُطلِق اسم الدراهم على كلّ منها؛ إذ النقود لا تتعين في العقود على ما قال أصحابنا.

اعلم: أن الدراهم والدنانير، وكذا الفلوس النافقة.. لا تتعين عندنا في عقود المعاوضات وإن عينت.

وقال الشافعي: إنها تتعين.

والحجة عليه: ما ذكرناه آنفاً، وفي «العمادي» و«الفصولين»: إذا ثبت عدم تعين النقود في العقود.. قال أصحابنا: إذا تصارفا دراهم بدنانير ولم يكن عندهما ذلك، فاستقرضا وأدّيا قبل أن تفرقا.. جاز عند الثلاثة؛ لعدم تعينها؛ خلافاً لزفر والشافعي.

وكذلك لو تصارفا بهما وهما عندهما فهلكت أو استحقت فتقابضا غيرهما من جنس ما سمّيا.. جاز عند الثلاثة.

وكذلك لو غصب من آخر ألف درهم وغصب آخر من المغصوب منه مائة دينار، ثم إن الغاصبين تصارفا الدراهم بالدنانير وتقابضا، وأجاز المالك ذلك.. عملِت إجازته، وصار ما غصب كلّ واحد منهما ديناً عليه، وملك كل واحد منهما ما

اشتراه، مع أن الأصل: أن البيع لا ينعقد إذا كان الملك في البدلين لشخص واحد؛ كما في شراء رب المال شيئاً [٩/أ] من مال المضاربة بعدما صار رأس المال عروضاً ولم يكن فيه ربح، وإنما جاز العقد هنا في غصب الدراهم والدنانير مع هذا الأصل؛ لأن العقد لا ينعقد في هذه الصورة على الدراهم والدنانير المغصوبة، وإنما ينعقد على مثلهما ديناً في الذمة، فوقع البيع على مالين لرجلين ـ وهما العاقدان ـ فيفسد، ألا ترى أنَّ المغصوب منه لو لم يجز بيعهما وأخذ دراهمه ودنانيره ونقد كلّ واحد منهما ما باعه من مال نفسه وهما في مجلس بيعهما بعد.. فإنه يبقى العقد على الصحة، وهذا دليل على انعقاد العقد ونفاذه على مثل تلك الدراهم والدنانير المغصوبة ديناً في الذمة، إلا أن كل واحد منهما قضى ما وجب في ذمته بما غصب، فاحتيج إلى الإجازة، فصار المغصوب منه مقرضاً من كل واحد منهما ما غصب منه، حتى لا يملك استرداد النقود.

بخلاف ما إذا كان مكان الدراهم والدنانير عبد وجارية وباقي المسألة بحالها، حيث كانت الإجازة باطلة؛ لأن هناك العقد يتعلق بعين المغصوب؛ لأن ما عدا العقود تتعين في العقود.

فإذا كان المالك واحداً.. لم ينعقد؛ لعدم الفائدة، حتى لو كان مكان الإجازة مائة دينار وباقي المسألة بحالها جازت الإجازة؛ لأن العبد وإن تعين في العقد.. فالدنانير لم تتعين، وإنما ينعقد بمثلها ديناً في الذمة، فلم يقع العقد بمالين لواحد، بل وقع بمالين لرجلين، ألا ترى أن مالك العبد لو باعه على هذا الوجه.. ينعقد نافذاً؛ لأنه باع عبده بدنانير في ذمة المشتري.

فإذا باعه غيره.. ينعقد موقوفاً على إجازته؛ فإذا أجازه.. نفذ وصار العبد مالكاً لمشتريه وهو غاصب الدنانير، وعلى غاصب الدنانير مثل تلك الدنانير.

إذا علمت أن الدراهم أو الدنانير لا تتعينان في المعاوضات.. فهل تتعينان في الوكالات؟

فقالوا: لا تتعينان قبل التسليم إلى الوكيل بلا خلاف؛ لأن الوكالة وسيلة إلى الشراء، فكما لا تتعينان في الشراء قبل التسليم.. فكذا فيما هو وسيلة إليه.

وأما بعد التسليم إليه.. فاختلفوا فيه:

قال بعضهم: تتعين، حتى تبطل الوكالة بهلاكه؛ لما مر أنها وسيلة إلى الشراء فتعتبر به، ولأن يد الوكيل يد أمانة، والدراهم والدنانير تتعينان في الأمانات.

وقال أكثر أصحابنا: إنها لا تتعيّن.

وهل تتعينان في العقود الفاسدة للردّ؟

فيه روايتان:

في رواية: ينقطع حقّ المشتري في استرداد عينها؛ لأن البيع الفاسد مبادلة من كل وجه، والفاسد من المبادلات ملحق بالجائز فيما سوى الحل من الأحكام، وفي البيع الجائز متى وجب ردّ الثمن بحكم الانفساخ [٩/ب] للعقد.. لا يجب ردّ عين المقبوض، وكذا في الفاسد.

وفي رواية: لا ينقطع حق المشتري في استرداد عينه، وعلى البائع ردّ عينه ما دام قائماً؛ لأنه مقبوض بسبب فاسد، والقبض بسبب فاسد معصية، والأصل في المعاصي ردّها من كل وجه، وإنما يتحقق الرد من كل وجه: برد العين.

وذكر الإمام رشيد الدين: أن الدراهم والدنانير تتعينان في البيع الفاسد من الأصل، ولا تتعينان فيما ينتقض بعد الصحة.

وصورة الأوّل: إذا باع عبداً وقبض الثمن، وظهر أنه ثمن الحرّ.. فيتعين للرد؛ لأن لهذا القبض حكم الغصب.

وصورة الثاني: إذا باع عبداً وهلك قبل التسليم.. فالثمن المقبوض لا يتعين في أصح الروايتين.

وفي رواية: يتعين.

وَإِن اخْتلفَتْ رواجاً.. فَمِنَ الأروجِ.

وَإِن اسْتَوَى رواجُها لَا ماليتُها.. فسدَ مَا لم يبينْ.

وَيصِحُّ فِي الطَّعَام، وكلِّ مَكِيلٍ، وموزونٍ، كَيْلاً ووزناً، وَكَذَا جُزَافاً إِن بيعَ بِغَيْر جنسه، ....

وفي تعينهما في فساد الصرف؛ لعدم القبض روايتان، وفي «العمادي»: والصحيح: أنهما تتعينان.

وهل تتعينان في استيفاء شيء من الدين المشترك؟ وفي «العمادي»: تتعينان، حتى إذا كان لرجلين على رجل ألف درهم، وهما فيهما شريكان، فقضى الغريم نصيب أحدهما.. فالقابض يؤمر بردّ عين نصف المقبوض على شريكه؛ سواء كان المقبوض مثل حقّهما، أو أجود، أو أردأ، وتتعينان في التبرعات كالهبة والصدقة.

(وإن اختلفت) النقود (رواجاً)؛ سواء اختلفت في المالية أيضاً أو استوت.. فإن البيع في الصورتين جائز.

وأما الثمن (.. فمن الأروج) في البلد؛ تحرياً للجواز؛ لأن أمور المسلمين محمولة على الصحة ما أمكن.

(وإن استوى رواجها لا ماليتها) كالذهب المصري والمغربي مثلاً (.. فسد) البيع؛ للجهالة المفضية إلى المنازعة، المانعة من التسليم والتسلّم.

(ما لم يبين) الثمن من أيّ نوع كان؛ لقطع المنازعة.

(ويصح) البيع (في الطعام) وهو: الحنطة ودقيقها على ما عليه العرف.

(و) في (كل مكيل) كالعدس والحمص ونحوهما.

(و) في (موزون) كالسّمن ونحوه (كيلاً ووزناً)؛ سواء كان بجنسه أو بخلاف جنسه؛ لعدم احتمال الربا.

(وكذا جزافاً) أي: بلا كيل ولا وزن، بل أراه الصّبرة (إن بيع بغير جنسه)؛ لقوله ﷺ: «إذا اختلف النوعان.. فبيعوا كيف شئتم»؛ كأن بيعت هذه الصبرة من

وبِإِناءٍ، أَو حجرٍ معيَّنٍ لَا يدْرِي قدرَه.

الحنطة بتلك الصبرة من الشعير، ولعدم احتمال الربا، بخلاف ما إذا بيع بجنسه مجازفة.. فإنه لا يصح في المكيل والموزون لأول هذا الحديث، وهو: «الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، والبر بالبر، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر، والملح بالملح، مثلاً بمثل، يداً بيد، سواء بسواء» رواه الستة إلا البخاري، ولاحتمال الربا.

بخلاف ما لا يدخل تحت الكيل والوزن؛ فإنه يصح مجازفة [١٠/أ] مطلقاً؛ بجنسه وبخلاف جنسه.

(و) يصح أيضاً (بإناء أو حجر معين لا يدرى قدره)؛ لأن الجهالة فيه لا تفضي إلى المنازعة؛ لأن التسليم فيه بتعجيل، فيندر هلاكهما قبل التسليم.. فيصح.

بخلاف السلم؛ فإنه لا يجوز بهما؛ لأن التسليم فيه متأخر، والهلاك فيه ليس بنادر قبله، فيفضي إلى المنازعة.

فإن قيل: لا نسلم أنّ عدم الجهالة المفضية إلى المنازعة يستلزم انتفاء البطلان؛ لجواز أن يكون باطلاً من جهة أخرى، كما إذا باع أحد العبيد الأربعة على أن المشتري بالخيار ثلاثة أيام يأخذ أيّهم شاء ويرد الباقين، أو اشترى بأيّ ثمن شاء.. فإن هذا البيع باطل، مع أن الجهالة فيه غير مفضية إلى المنازعة.

قلنا: كلامنا أن لا مبطل فيه لغير الجهالة، وإذا لم تكن الجهالة مفضية إلى المنازعة.. يكون العقد سالماً عن البطلان بالكلية. فيصحّ.

بخلاف المستشهد به؛ فإن فيه مبطلاً غير الجهالة، وهو عدم المعقود عليه في الأوّل؛ لكونه غير عين، وعدم الثمن في الثاني.

هذا، وعن أبي يوسف: أن ما نحن فيه إنما يصحّ فيما إذا كان المكيال مما لا ينكبس بالكبس؛ كالقصعة ونحوها؛ أما إذا كان مما ينكبس كالزنبيل والجوالق.. فإنه لا يجوز إلّا في قرب الماء؛ فإنه يجوز فيه استحساناً؛ للتعامل فيه.

وكذا لا يجوز إذا كان الحجر مما يتفتت وينقص.

وَمن بَاعَ صُبرةً كلَّ صَاعٍ بدرهمٍ.. صَحَّ فِي صَاعٍ فَقَط، ....

وروى الحسن عن أبي حنيفة: لا يصح مطلقاً كالسّلم؛ لأن البيع في المكيلات والموزونات؛ إما أن يكون مجازفة أو بذكر القدر:

ففي المجازفة: المعقود عليه هو ما يشار إليه، ولا معتبر بالمعيار.

وفي غيرها: المعقود عليه ما سمّي من القدر، ولم يوجد شيء منهما؛ فإن الفرض عدم المجازفة، والمكيال إذا لم يكن معلوماً.. لم يسم بشيء من القدر.

والأصح: أنه يصح، على ما في «الهداية»؛ فإن المعيار المعين لم يتقاعد عن المجازفة.

وفي «فتح القدير» نقلاً عن «جمع التفاريق» عن محمد: جواز الشراء بوزن هذا الحجر، وفيه الخيار.

وينبغي أن يكون هذا محمل الروايتين عن أبي حنيفة؛ فقوله: «لا يصح» أي: لا يلزم.

(ومن باع صبرة كل صاع) أو صاعين أو أصوع (بدرهم) أو درهمين أو دراهم (.. صحّ) البيع (في صاع) أو صاعين أو أصوع بدرهم أو درهمين أو الدراهم المسماة (فقط)؛ أي: لا الباقي من المسمى، هذا عند أبي حنيفة.

وقالا: صح في الكل.

له: أن كلمة «كلّ» متى أضيفت إلى ما لا يعلم منتهاه.. تتناول الأقل من القدر المسمى لتيقنه، لا الكلّ؛ لتعذره؛ لجهالة المبيع والثمن جهالة تفضي إلى المنازعة؛ لأن البائع يطلب تسليم الثمن، والثمن غير معلوم.. فيقع النزاع، وهذا كما لو قال: «لفلان، علي كلّ درهم».. يلزمه درهم واحد لتيقنه، وإذا تعذر [١٠/ب] الصّرف إلى الكلّ.. يصرف إلى الأقل لتيقّنه، إلا أن ترفع الجهالة في المجلس بتسمية جملة القفيزان، أو بالكيل في المجلس على ما سيأتي.. فحينئذٍ يجوز في الكلّ؛ لأن

إِلّا أنْ يُسَمِّيَ جُمْلَتَهَا.

ساعات المجلس بمنزلة ساعة واحدة؛ لأنه جامع المتفرقات، فصار العلم في المجلس كالعلم حالة العقد.

فإن قيل: سلّمنا انعقاده فاسداً؛ لكنه ينقلب بأحد هذين الأمرين جائزاً؛ وإن بعد المجلس، فلم قيّدتم بالمجلس؟ ألا ترى أن البيع إذا كان فاسداً بحكم أجل مجهول، أو شرط الخيار أربعة أيام، ثم أسقط الأجل والشرط بعد المجلس.. ينقلب صحيحاً بلا تقييد بالمجلس، لزوال المفسد قبل تقرره؟

أجيب: بأن الفساد في صلب العقد قوي يمنع من الانقلاب كما نحن فيه، فتقيد بالمجلس، بخلاف ما ذكرتم؛ فإن الفساد فيه ليس في صلب العقد، بل لأمر عارض، فلا يتقيد بالمجلس؛ لضعفه بظهور أثره في اليوم الرابع، وبامتداد الأجل.

ولهما: أن حكم كلمة «كل» كذلك فيما لا يكون منتهاه معلوماً بالإشارة.

وأما فيما يعلم جملة بالإشارة.. فالعقد يتناول الكل، كما لو كان معلوم الجنس بالتسمية أو بالكيل؛ لأن الإشارة أبلغ في التعريف، وههنا الجملة معلومة بالإشارة فيجوز العقد في الكل، ولا جهالة في ثمن كل واحد، والجهالة التي في جملة الثمن لا تفضي إلى النزاع.

والجواب عنه: أنهما إن أرادا أنه لا يفضي إلى النزاع قبل حصول العلم بالكيل في المجلس أو بالتسمية بها.. فهو ممنوع، وإن بعد حصول العلم بها بأحد هذين الأمرين.. فمسلم، لكنه لا يفيد؛ لأنه يرجع إلى الاتفاقي المشار إليه بقوله: (**إلا أن يسمّى جملتها**)؛ بأن قال: بعتك هذه الصبرة مائة صاع بمائة درهم، سواء فصلها بأن قال: «كلّ صاع بدرهم» أو لم يفصلها؛ فإن البيع في الصورتين صحيح بالاتفاق.

وكذا يصح بالاتفاق: إذا كان الجميع في المجلس؛ لارتفاع الجهالة بالكيل، كالتسمية، على ما ذكرناه.

وفي «غاية البيان»: أنه إذا سمّى جملة الثمن ولم يسمّ جملة الصبرة؛ مثل ما إذا

وَلِلمُشْتَرِي الفَسْخُ بِالخِيَارِ وإِنْ كيل أَو سمَّى جُمْلَتهَا فِي المجْلِسِ بعدَ ذَلِك.

قال: بعتك هذه الصبرة بمائة درهم، كل قفيز بدرهم.. فقال الطحاوي في «مختصره»: وقع البيع على جميعها في قولهم جميعاً، كل قفيز منها بدرهم، وهو صحيح؛ لأنه جعل تسمية جميع الثمن كتسمية المبيع.

ومحمد لم يذكره في كتبه.

(**وللمشتري الفسخ بالخيار**) أي: إذا جاز البيع في قفيز واحد عند أبي حنيفة وتوقف في الباقي إلى تسمية الكل في المجلس أو كيله فيه.. كان للمشتري خيار الفسخ.

(**وإن**) وصلية (**كيل أو سمّى جملتها في المجلس**) متعلق بكل من الفعلين (**بعد ذلك**) أي بعد أن باع كل صاع منها بدرهم؛ أما [١١/أ] في صورة عدم الكيل والتسمية في المجلس.. فلتفرق الصفقة عليه.

بخلاف البائع؛ فإن الصفقة وإن تفرقت عليه أيضاً، لكن التفريق لمّا جاء من قبله لامتناعه عن الكيل والتسمية.. منع عن الخيار.

وبخلاف ما إذا باع الرجلان عبداً مشتركاً بينهما بألف، ثم اشترى أحدهما الكلّ بخمسمائة قبل نقد الثمن؛ فإنه يجوز في نصيب الشريك لا في نصيبه، ولا خيار له، وذلك لأن الصفقة لم تتفرق عليه ههنا؛ لأن الشراء لم يقع على الكلّ ابتداء حتى يكون صرفه إلى البعض تفريقاً لها، وإنما وقع على نصيب شريكه لا غير؛ لأن في وقوعه على نصيبه يلزم شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن، وذلك لا يجوز.

وأما في صورة الكيل والتسمية في المجلس.. فلأنه علم ذلك الآن، فربّما كان في حدسه أو ظنّه أنّ الصبرة تأتي بمقدار ما يحتاج إليه:

فزادت، وليس له من الثمن ما يقابله، ولا يمكن أخذ الزائد مجاناً، وفي تركه تفريق الصفقة.

وَمن بَاعَ قَطِيعَ غنمٍ كلَّ شَاةٍ بدرهم.. لَا يَصحُّ فِي شَيْءٍ مِنْهَا، ....

أو نقصت، فيحتاج إلى أن يشتري من مكان آخر وهل يوافق أو لا، فثبت له الخيار ترفيهاً له، فصار كشراء ما لم يره.

فإن قيل: إن على قول أبي حنيفة لما انصرف البيع إلى الأقل المتيقن بعلمه.. كان القياس أن لا يتخير المشتري في الفسخ، كما لو اشترى قناً مع مدبر؛ فإنه لا خيار له في القن؛ لعلمه أن البيع ينصرف إليه.

والحاصل: أنّ الخيار يبتني على تفرُّق الصفقة، وتفرقها إنما يتحقق أن لو كان العقد وارداً على الكل، والمشتري يقبل البعض، وليس كذلك ههنا على قول أبي حنيفة على ما ترى.

أجيب عنه: بأن انصراف البيع إلى قفيز واحد مجتهد فيه، والعوام لا علم لهم بأحكام المسائل المجتهد فيها، فيلزم تفريق الصفقة على قولهما، وإن لم يلزم على قول أبي حنيفة.

وردّ: بأن قولهما: «إن الكل مبيع؛ فمن أين يلزم التفريق»؟

فالأولى في الجواب أن يقال: إنّ قياس قول أبي حنيفة تفريق الصفقة؛ لأن الصيغة موضوعة للكثرة، وقصد العاقدين أيضاً الكثرة، وفيما ثمة: مانع شرعي عن الصرف إلى الجميع، ولهذا لو علم المقدر في المجلس.. ينصرف إلى الكلّ، والصرف إلى الأقل باعتبار تعذر الكل للجهالة.. صرف العقد إلى بعض ما دلّ عليه اللفظ من المبيع وقصده العاقدان، وليس تفريق الصفقة إلّا ذلك.

قلت: فيه نظر؛ لأن الجهالة مانع شرعي عن الصرف إلى الجميع.

(**ومن باع قطيع غنم كلّ شاة بدرهم.. لا يصح في شيء منها**) عند أبي حنيفة، وقياس قوله في المثليات المذكورة من الصبرة: أن يصح ههنا أيضاً في الواحد، إلا أن التفاوت بين الشِياه موجود، وفي ذلك جهالة تفضي إلى النزاع، بخلاف الصبرة؛ لعدم التفاوت فيها [١١/ب].

وَكَذَا لَو بَاعَ ثوباً كلَّ ذِرَاعٍ بدرهمٍ، وَكَذَا كلُّ مَعْدُودٍ متفاوتٍ.

(وكذا) لا يصح عند أبي حنيفة في شيء فيما (لو باع ثوباً كلّ ذراع بدرهم)، أو عدلاً كلّ ثوب بدرهم؛ لما بينهما من التفاوت المفضية إلى المنازعة.

(وكذا) لا يصح عنده في شيء في (كلّ معدود متفاوت)؛ كالخشب والأواني، وحِمل بطيخ ورمان، والرقيق، والإبل؛ لما بينها من التفاوت المفضية إلى المنازعة.

بخلاف المعدودات المتقاربة؛ كالجوز والبيض والموزونات.. فإن الحكم فيها عند أبي حنيفة كما في الصبرة؛ لعدم التفاوت، وكذا لا يصح عنده في شيء أصلاً فيما لو باع صبرتين من جنسين متفاوتين؛ كصبرتي شعير وبر، كلّ قفيز منها بدرهم؛ لتفاوت الصبرتين.

وفي رواية عنه: إنه يصح في القدر المسمّى من الصبرتين من الجنسين، كما في صبرة من جنس واحد، على أن يكون من كل واحد من الصبرتين نصف قفيز، على في «المحيط».

فعلم منه: أنه لو كانت صبرة و احدة من جنسين.. يجوز في قفيز واحد على النصف منها بطريق الأولى.

وكذا لا يصح عنده في شيء أصلاً فيما لو باع عيناً مختلفة الأجناس، كل وِقر بكذا؛ لما في «الخلاصة» و«البزازية»: رجل اشترى العنب كل وقرٍ بكذا، والوقر معروف عندهم؛ إن كان العنب من جنس واحد.. يجب أن يجوز في وقر واحد عند أبي حنيفة كما في بيع الصبرة كل قفيز بدرهم.

وإن كان العنب أجناساً مختلفة.. لا يجوز البيع أصلاً عند أبي حنيفة كبيع قطيع الغنم.

وعندهما: يجوز في الكلّ كلّ وقر بما قال؛ سواء كان العنب جنساً واحداً أو أجناساً مختلفة، هكذا في «فتاوى الصدر الشهيد».

وَعِنْدَهُمَا: يَصحُّ فِي الكلِّ فِي جَمِيع ذَلِك.

وقال الفقيه أبو الليث: إن كان العنب من جنس واحد.. يجوز في الكل عند الكل، وإن كان من جنسين.. لا يجوز أصلاً عند أبي حنيفة، ويجوز في الكلّ عندهما، والفتوى: على قولهما؛ تيسيراً للأمر على المسلمين. انتهى.

والظاهر منه: أن الصبرة لو كانت من جنسين.. أن لا يجوز البيع أصلاً عند أبي حنيفة. تأمل.

هذا كله إذا لم يسمّ جملة المبيع، ولا جملة الثمن، وأما لو سمّاهما أو سمى أحدهما؛ بأن قال: بعت هذه القطعة من الغنم مائة شاة بمائة درهم كلّ شاة بدرهم، أو: بعت هذا الثوب مائة ذراع بمائة درهم كل ذراع بدرهم، أو: هذا العدل مائة ثوب بمائة درهم كلّ ثوب بدرهم، أو: هذه الخشب مائة عدد بمائة درهم كلّ عدد بدرهم، أو قال: بعت هذه القطعة من الغنم، أو هذا الثوب، أو هذا العدل، أو هذه الخشب بمائة درهم، كل غنم أو كل ذراع أو كلّ ثوب أو كل عدد درهم.. فيصح البيع بالاتفاق في هذه الصور؛ لحصول العلم بتمام المبيع و الثمن في الصورة الأولى، وبتمام الثمن في الصورة الثانية بدلالة [١٢/آ] مطابقية.

وكذا يصح بالاتفاق فيما إذا اقتصر على بيان عدد المبيع؛ بأن قال: بعت هذه القطعة من الغنم مائة شاة كل شاة بدرهم وهكذا؛ لحصول العلم بتمام المبيع مطابقة، وبتمام الثمن التزاماً. كذا في «فتح القدير».

(**وعندهما: يصح في الكلّ**) أي في كل الغنم والثوب المعدود (**في جميع ذلك**) أي في الصبرة والصبرتين من جنسين، وقطيع الغنم والثوب والعدل منه، والعددي المتفاوت سواء سمّى جملتها أو كلها وعددها وذرعها في المجلس، أو لا هذا ولا ذاك ـ لأن هذه جهالة إزالتها في أيديهما بالتسمية ـ أو الكيل أو الذرع أو العدد.. فلا يكون مانعاً، فصار كما إذا باع عبداً من عبدين أو ثلاثة، على أن المشتري بالخيار؛ فإنه جائز اتفاقاً.

وَإِن بَاعَ صبرَةً على أَنَّهَا مائَةُ قفيزٍ بِمِائَةِ دِرْهَمٍ.. فَوجدت أقلَّ أَو أَكثرَ أَخذَ المُشْتَرِي الأَقَلَّ بِحِصَّتِهِ أو فسخَ، وَالزَّائِدُ للبَائِع.

أجيب عنه لأبي حنيفة: بأن القياس فيه الفساد أيضاً، إلّا أنا جوزناه استحساناً بدلالة النص، فلا يتعدى إلى غيره، حتى لم يجز بيع عبد من أربعة عبيد، فبقي على القياس. كذا في «العناية».

(**وإن باع صبرة على أنها مائة قفيز بمائة درهم**)؛ سواء بيّن حصة كل قفيز أو لم يبيّن؛ إذ لا فرق بينهما ههنا؛ لعدم التفاوت في المسمى والعقد، فعلّق بعين المسمى.

(**فوجدت**) أي عند الكيل (**أقل أو أكثر.. أخذ المشتري الأقل بحصته**) من الثمن؛ لأن الثمن ينقسم بالأجزاء على أجزاء المبيع المثلي مكيلاً أو موزوناً.

قيد في «البحر» قوله: «الأقل بحصته» بما إذا لم يكن المبيع مشاهداً له؛ فإن كان مشاهداً.. انتفى الغرر.

ولذا قال في «الخانية»: اشترى سويقاً على أن البائع لتّه بمنٍّ من السمن وتقابضا، والمشتري ينظر إليه فظهر أنه لته بنصف منّ.. جاز البيع، ولا خيار للمشتري؛ لأن هذا مما يعرف بالعيان؛ فإذا عاينه.. انتفى الغرر.

وهو كما لو اشترى صابوناً على أنه متخذ من كذا أجرة من الدهن، فظهر أنه متخذ من أقل من ذلك، والمشتري ينظر إلى الصابون وقت الشراء.

وكذا لو اشترى قميصاً على أنه متخذ من عشرة أذرع وهو ينظر إليه؛ فإذا هو من تسعة.. جاز البيع ولا خيار للمشتري.

(**أو فسخ**) البيع لتفرق الصفقة عليه، فلم يتم رضاه بالموجود.

(**والزائد**) على القدر المسمى وهو المائة ههنا: (**للبائع**)، والمائة للمشتري بلا خيار له؛ لأن البيع وقع على مقدار معين وقد وجد ذلك، فلا يتناول غيره.

إلا إذا كان وصفاً والقدر الزائد ليس بوصف، بل هو أصل.. فلا يتناوله البيع، فيكون للبائع، فلا يجب تسليمه إلا بصفقة على حدة.

وَفِي المذروعِ يَأْخُذُ الأَقَلَّ بِكُلِّ الثّمنِ أَو يفْسخُ، ....

وكذا قبض المشتري، فكان كل من العاقدين مخيراً فيها؛ إن شاء.. باشرها، وإن شاء.. تركها.

(وفي) بيع **(المذروع)** كالثوب والأرض: **(يأخذ الأقل)** من القدر المسمّى [١٢/ب] **(بكل الثمن)** المسمى للقدر المسمّى، **(أو يفسخ)** العقد.

اعلم أن المشتري إن كان مذروعاً؛ كأن اشترى ثوباً على أنه عشرة أذرع بعشرة دراهم، أو أرضاً على أنها مائة ذراع بمائة درهم، فوجد المبيع أقلّ.. خيّر المشتري بين أخذ الموجود بجميع الثمن المسمى، وبين تركه بفسخ البيع.

وإن وجده زائداً على المسمّى.. كان الكل للمشتري بلا خيار للبائع.

هذا إذا لم يسمّ لكلّ ذراع قسطاً من الثمن، وإن سماه.. فالمشتري أخذ الأقل بحصته، والأكثر بحصته، وله الخيار في الوجهين، فهذه ثلاثة فصول.

أما الأول: وهو كون المبيع أقل.. فلأن الذراع وصف في الثوب المبيع والأرض المبيعة، وكلّ ما هو وصف في المبيع.. لا يقابله شيء من الثمن، فالذراع في الثوب والأرض لا يقابله شيء من الثمن؛ أما إنه وصف؛ فلأنه عبارة عن الطّول والعرض، وهما من الأعراض.

وأما أن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن.. فلأنها تابعة للموصوف والثمن في مقابلة المتبوع، فصار كأطراف الحيوان؛ فإن من اشترى جارية فاعورّت في يد البائع قبل التسليم إلى المشتري.. لا ينقص من الثمن بشيء، بل هو مخير: بين أخذها بكل الثمن، وتركها لفوات الوصف المرغوب فيه، فيختل بالرضاء؛ كما إذا اشترى عبداً على أنه كاتب فوجده غير كاتب؛ فإنه يخير بين الأخذ بكل الثمن، وبين تركه.

وَالزَّائِدُ لَهُ بِلَا خِيَارٍ لِلبَائِعِ.

وإذا كان الذراع وصفاً لا يقابله شيء من الثمن يأخذ المشتري الموجود الأقل بكل الثمن، بخلاف المكيل؛ لأن المقدار فيه ليس بوصف، فيقابله الثمن، فيأخذ الأقل منه بحصته من الثمن.

فإن قيل: لا نسلم أن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن؛ فإن المبيع المعيب إذا امتنع ردّه.. رجع المشتري بنقصان؛ كمن اشترى عبداً فأعتقه أو مات، ثم اطلع على نقصان إصبع؛ فإنه يرجع على بائعه بالنقصان، وكمال الأصابع وصف فيه.

أجيب: بأن الوصف نوعان: وصف محض، ووصف مقصود بالتناول حقيقة؛ كما إذا قطع البائع يد العبد المبيع قبل التسليم، أو حكماً؛ كما إذا امتنع الرد لحق البائع؛ كما إذا تعيب المبيع عند المشتري، أو لحق الشارع كما إذا كان المبيع ثوباً فخاطه المشتري، ثم اطلع على عيب قديم؛ فإن المشتري يرده والبائع يقبله، إلا أن الشرع يمنعه عن الفسخ والرد لاحتمال الرد بزيادة الخياطة.

والنوع الثاني: مطلق يأخذ شبهاً بالأصل، فيأخذ قسطاً من الثمن، بخلاف النوع الأول وكلامنا فيه.

وأما الفصل الثاني: وهو كون المبيع أكثر من المسمى.. فأشار إليه بقوله (**والزائد**) على القدر المسمّى (**له**) أي: للمشتري قضاء لا ديانة على ما في «قاضي خان»، (**بلا خيار للبائع**)؛ لأنه [١٣/أ] وصف تابع للمبيع لا يقابله شيء من الثمن، فيدخل في المبيع فيأخذه المشتري، فصار كما إذا باع عبداً على أنه أعمى؛ فإذا هو بصير.

فإن قيل: ما الفرق بين المذروعات والمكيلات حتى جعل الذراع الزائد في الأول وصفاً و الكثير الزائد في الثاني أصلاً، مع أنه يقال شيء عريض طويل وشيء قليل وكثير؟

وَإِن سمّى لكلِّ ذِرَاعٍ قِسطاً.. أَخذَ الأَقَلَّ بِحِصَّتِهِ، ....

فالجواب: أنه مبني على معرفة اصطلاحهم في الأصل والوصف، فقال بعضهم: ما تعيب بالتبعيض.. فالزيادة والنقصان فيه وصف، وما ليس كذلك.. فهما فيه أصل.

وقال بعضهم: ما لوجوده تأثير في تقوم غيره ولعدمه تأثير في نقصان غيره.. فهو وصف، وما ليس كذلك.. فهو أصل، وما لهما واحد.. فالمذروع يتعيب وتنقص قيمته بالتبعيض، والمكيل لا يتعيب؛ فإن عشرة أذرع من الثوب إذا انتقص واحد منها.. فالباقي لا يشترى بالثمن الذي كان مع ذلك الواحد، بخلاف عشرة أصوع إذا انتقص منها صاع؛ فإن التسعة يشترى بالثمن الذي يخصها من العشرة، فظهر أن القلة والكثرة من حيث الكيل أو الوزن: أصل، ومن حيث الذرع: وصف.

وأما الفصل الثالث: فأشار إليه بقوله: (**وإن سمّى لكلّ ذراع قسطاً**)؛ بأن قال: بعتك هذا الثوب مائة ذراع بمائة درهم كلّ ذراع بدرهم.. فإن وجدها أقلّ (.. **أخذ**) المشتري (**الأقل بحصته**) من الثمن؛ لأن الوصف، وإن كان تابعاً.. لكنه صار هنا أصلاً؛ لكونه مقصوداً بالتناول بإفراده بالذكر، فنزل كل ذراع منزلة ثوب؛ فلو أخذها بجميع الثمن.. لم يكن آخذاً كل ذراع، والبائع لم يبع إلّا بشرط أن يكون كل ذراع بدرهم؛ بأن قال: بعتها على أنها مائة ذراع مثلاً بمائة درهم، كل ذراع بدرهم، بخلاف المسألة الأولى؛ حيث لم يجعل فيها الذراع أصلاً.

وإن ذكر فيها عشرة دراهم في مقابلة عشرة أذرع، وذلك يقتضي لكل ذراع قسطاً من الثمن بناء على أن مقابلة الجمع بالجمع يقتضي انقسام الآحاد على الآحاد، وذلك لأن الذراع أصل من حيث إنه من أجزاء العين المبيع؛ كالقفيز، ووصف من حيث إن الباقي ينتقص بفواته، فلو جعلنا عشرة أذرع منقسماً على عشرة دراهم عند ترك ذكر كل ذراع.. لزم إلغاء جهة الوصفية من كلّ وجه، فقلنا بالوصفية عند ترك ذكره، وبالأصلية عند ذكره؛ عملاً بالشبهين.

وَكَذَا الزَّائِدَ، وَله الخِيَارُ فِي الوَجْهَيْنِ.

(وكذا الزائد) أي: أخذه بحصته من الثمن؛ لما ذكرناه من أنه صار أصلاً مشروطاً وأخذُه بالأقل.. لم يكن أخذاً بالمشروط [١٣/ب].

فإن قيل: إنه لما كان كل ذراع أصلاً بمنزلة ثوب على حدة.. لزم فساد البيع؛ سواء كان أقل أو أكثر؛ كما لو كان العقد وارداً على عشرة أثواب، وقد وجدها أقلّ أو أكثر على ما سيأتي.

وإنه لو كان الذراع أصلاً بذكر الثمن بإفراده.. امتنع دخول الزيادة في العقد؛ كما إذا باع صبرة على أنها عشرة أقفزة؛ فإذا هي أحد عشر؛ فإن الزيادة لا تدخل إلا بصفقة على حدة على ما تقدم.

قلنا عن الأول: إن الأثواب مختلفة، فتكون العشرة المبيعة مجهولة جهالة تفضي إلى المنازعة، والذراعان من ثوب و احد ليست كذلك.

وعن الثاني: إن الذراع الزائد لو لم يدخل.. كان بائعاً بعض الثوب، وفسد البيع، فحكمنا بالدخول تحرياً في الجواز، والقفيز الزائد ليس كذلك.

(وله) أي: للمشتري (الخيار في الوجهين)؛ أما في الأقل: فلتفرق الصفقة عليه؛ فإن شاء.. أخذه بحصته، وإن شاء.. تركه، فكان مخيراً بين الأخذ بحصته وبين تركه.

وأما في الزائد: فلأنه إن حصل له الزيادة في الذراع.. لزمه الزيادة في الثمن، وفي ذلك ضرر له، فكان في معنى خيار الرؤية في دفع الضرر؛ فإن شاء.. أخذه بحصته، وإن شاء.. فسخ العقد فكان مخيراً بين الأخذ بحصته وبين فسخه.

والفرق بين الترك والفسخ: أن البيع في الصورة الأولى لم ينعقد؛ لأن المبيع لما كان ناقصاً.. لم يوجد المبيع، فلم ينعقد البيع حقيقة، وإنما كان أخذ الأقل الموجود بالأقل بيعاً جديداً وبالتعاطي.

وفي الصورة الثانية: انعقد؛ لأن البيع وجد مع زيادة، فيكون تركه فسخاً، بخلاف الصورة الأولى.

وَصَحَّ بيعُ عشَرَةِ أَسْهمٍ من مائَةِ سهمٍ من دَارٍ، لَا بيعُ عشَرَةِ أَذْرعٍ من مائَةِ ذِرَاعٍ مِنْهَا.

وَعِنْدَهُمَا: يَصحُّ فيهِمَا ....

(وصح بيع عشرة أسهم من مائة سهم من دار) أو حمام؛ أي: مما ينقسم ومما لا ينقسم، هذا بالاتفاق.

(لا بيع عشرة أذرع من مائة ذراع منها) أي: من الدار، أو كذا من الرحى ومن الحمام. هذا عند أبي حنيفة.

وكذا لا يجوز عنده بيع عشرة أذرع من هذه الدار على ما سيأتي وجهها.

(وعندهما: يصح فيهما) وهو رواية عن أبي حنيفة؛ لأن عشرة أذرع من مائة ذراع كعشرة أسهم من مائة سهم في كونهما عشر المائة، لكن هذا فيما إذا كان الدار مائة ذراع لا أقل أو أكثر على ما في «غاية البيان»؛ لأن العشرة إنما تكون عشر المائة لا أقل أو أكثر.

لكن قال في بعض الحواشي: إذا كانت الدار ألف ذراع.. فاللازم عشرة أذرع من كل مائة منها.

ولأبي حنيفة: أن الذراع حقيقة في الآلة التي يذرع بها، وإرادتها هنا متعذرة، فيصير مجازاً فيما يحمله من المذروعات، وما يحمله لا يكون إلا معيناً مشخصاً؛ لكونه فعلاً حسيّاً يقتضي محلاً [١٤/أ] حسيّاً، والمشاع ليس كذلك؛ لأنه ليس بمعيّن.. فلا يستعمل فيه الذراع ولو مجازاً؛ لعدم كونه معلوماً؛ لأن العشرة الأذرع إذا لم يعلم من أيّ جانب من الدار.. تكون مجهولة جهالة تفضي إلى المنازعة، فلا يجوز، بخلاف السهم؛ لأنه أمر عقلي لا يقتضي محلاً حسياً فيجوز في الشائع؛ لأن الجهالة فيه لا تفضي إلى المنازعة؛ فإن صاحب عشرة أسهم يكون شريكاً لصاحب تسعين سهماً في جميع الدار على قدر نصيبه منها، وليس لصاحب الكثير أن يدفع صاحب القليل من جميع الدار في قدر نصيبه من أيّ موضع كان.

وَلَو بَاعَ عِدْلاً على أَنّه عشَرَة أَثْوَابٍ.. فَإِذا هُوَ أقلُّ أَو أَكثرُ.. فسدَ البيعُ، وَلَو فَصَّلَ الثّمَن.. فَلا فِي الأَكْثَرِ، وَيصِحُّ فِي الأَقَلِّ بِحِصَّتِهِ، ....

ولا فرق عنده بين ما إذا علم جملة الذرعان؛ كما إذا قال: عشرة أذرع من هذه الدار من مائة ذراع، وبين ما لم يعلم؛ كما إذا قال: عشرة أذرع من هذه الدار من غير ذكر ذرعان جميع الدار في الصحيح؛ لبقاء الجهالة المانعة من الجواز، خلافاً لما يقوله الخصاف: أن الفساد عنده إنما هو عند جهالة الذرعان.

وأما إذا عرفت مساحتها.. فإنه يجوز عنده جعل هذه المسألة نظير ما لو باع كل شاة من القطيع بدرهم إذا كان عدد جملة الشياه معلوماً؛ فإنه يجوز عنده.

(**ولو باع عدلاً على أنه عشرة أثواب**) بعشرة دراهم مثلاً؛ (**فإذا هو أقل أو أكثر.. فسد البيع**)؛ لجهالة الثمن في الأول، والمبيع في الثاني.

أما الأول: فلأنه إذا قل.. وجب سقوط حصة الناقص عن ذمة المشتري وهي مجهولة؛ لأنه لا يدري أنه كان ثوباً جيداً أو رديئاً أو وسطاً، فلا يدري قيمته بيقين حتى يسقط، فكانت جهالتها توجب جهالة الباقي من الثمن.

وأما الثاني: فلأن الزائد لم يدخل تحت العقد، فيجب ردّه، والأثواب مختلفة، فكان المبيع مجهولاً جهالة تفضي إلى المنازعة.

وكذا لو اشترى غنماً على أنها عشرة فوجدها أقلّ أو أكثر على ما في «الجوهرة».

وكذا لو اشترى أرضاً على أن فيها نخلاً مثمراً فوجدها نخلة لا تثمر.. فسد على ما في «البحر».

(**ولو فصّل الثمن**) بأن يقول: كل ثوب بدرهم (**.. فلا**) أي: فسد البيع.

(**في الأكثر**)؛ لجهالة العشرة المبيعة جهالة مفضية إلى المنازعة على ما ذكرناه.

(**ويصح في الأقل بحصته**)؛ لكون الثمن معلوماً بالبيان.

وعن أبي حنيفة: أنه لا يصح في الأقل أيضاً؛ لأنه جمع بين الموجود والمعدوم

وَيُخَيَّرُ المُشْتَرِي.

في صفقة واحدة، فكان قبول البيع في المعدوم شرطاً لقبوله في الموجود، فيفسد العقد؛ كما لو جمع بين حر وعبد في صفقة وسمى لكلّ واحد ثمناً؛ فإنه لا يجوز البيع عنده في القن، فكذا هذا.

وكما لو اشترى ثوبين على أنهما هرويان كل ثوب بعشرة؛ فإذا أحدهما: هروي والآخر مروي.. فالبيع فاسد فيهما جميعاً [١٤/ب] عنده، وعندهما: يجوز في الهروي، على ما صرّح به في «الجامع الصغير».

والأصحّ: ما ذكره المصنف من أنه صحيح؛ لأنه لما كان الثمن معلوماً قطعاً.. لا يضر الباقي، بخلاف مسألة «الجامع الصغير»؛ لأنه جعل القبول في المروي شرطاً للعقد في الهروي؛ لأن «على» للشرط، وهو شرط فاسد؛ لأن المروي غير مذكور في العقد فشرط قبوله مما لا يقتضيه العقد فكان فاسداً، بخلاف ما نحن فيه؛ فإنه ما شرط قبول العقد في المعدوم، ولا قصد إيراد العقد على المعدوم؛ لعدم تصور ذلك فيه، وإنما قصد إيراده على الموجود فقط، ولكنه غلط في العدد.

(**ويخير المشتري**) إن شاء أخذه بحصته، وإن شاء تركه؛ لأنه تغير شرط عقده عليه.

وكذا لو قال: بعت هذه القصعة مائة غنم بمائة درهم كل غنم بدرهم.. فإنه يجوز في الأقل مع الخيار ويفسد في الأكثر.

قال في «البزازية»: اشترى عدلاً على أنه كذا، فوجده أزيد، والبائع غائب.. يعزل الزائد ويستعمل الباقي؛ لأنه ملكه.

وهذا يدلّ على صحة البيع المذكور في الأكثر أيضاً.

قالوا: هذا استحسان، والقياس: فساده؛ لجهالة المزيد.

وَإِنْ بَاعَ ثوباً على أَنَّهُ عشَرَةُ أَذْرعٍ كلُّ ذِرَاعٍ بدرهمٍ.. أَخذَهُ المُشْتَرِي بعشْرَةٍ لَو عشرَةً وَنصفاً بِلَا خِيَار، وبتسعةٍ لَو تِسْعَةً وَنصفاً بِخِيَار.

وَعند أَبِي يُوسُفَ: يُخَيّرُ فِي أَخذه بِأحدَ عَشَرَ فِي الأَوَّلِ، وبعشرةٍ فِي الثَّانِي.

ويؤيده ما روي عن ابن سماعة عن محمد: اشترى جراباً على أن فيه عشرين ثوباً، فوجدها إحدى وعشرين، وغاب البائع، فأستحسن أن يعزل ثوباً من ذلك ويستعمل البقية. كذا في «القنية».

وفيها أيضاً: لو اشترى شيئاً فوجده أزيد.. يدفع الزيادة إلى البائع، والباقي حلال له في المثليات، وفي ذوات القيم: لا يحل حتى يشتري منه الباقي، إلا إذا كانت تلك الزيادة مما لا يجري فيه الضنة.. فحينئذ يعذر، والظاهر منه: عدم الحل عند غيبة البائع.

ثم قال فيه بعلامة «فع خو»[1]: عدَّ الكواغد فظنها أربعة وعشرين وأخبر البائع به، ثم أضاف العقد إلى عينها ولم يذكر العدد، ثم ازدادت على ما ظنّه.. فهي حلال للمشتري.

(**وإن باع ثوباً على أنه عشرة أذرع، كل ذراع بدرهم.. أخذه المشتري بعشرة لو**) وجدها (**عشرة ونصفاً بلا خيار**) أي: من البائع.

(**و**) أخذه (**بتسعة لو**) وجدها (**تسعة ونصفاً بخيار**) أي من المشتري، هذا عند أبي حنيفة.

(**وعند أبي يوسف: يخير**) المشتري (**في أخذه بأحد عشر في الأول**) أي فيما وجدها عشرة ونصفاً، (**وبعشرة في الثاني**) أي فيما وجدها تسعة ونصفاً.

---

(١) «فع» هو رمز «فتاوى العصر» للسغدي، و«خو» هو رمز العلامة خميرويري، والمسألة في مخطوط «القنية» (٢٣٠).

وَعند مُحَمَّدٍ: يُخَيَّرُ فِي أَخذِهِ فِي الأَوَّلِ بِعشْرَةٍ وَنصفٍ، وَفِي الثَّانِي بِتِسْعَةٍ وَنصفٍ.

(وعند محمد: يخير) المشتري (في أخذه في الأول: بعشرة ونصف، وفي الثاني: بتسعة ونصف)؛ لأنه قابل كل ذراع بدرهم، ومن ضرورة ذلك: مقابلة نصف الذراع بنصف الدراهم فيجري عليه حكم المقابلة وحكمها أن يجب في مقابلة كلّ جزء من الذراع مثله من الدرهم [١٥/أ]، فنصف الذراع: بنصف الدرهم، وربعه: بربعه... وهكذا، فيخير المشتري فيها.

ولأبي يوسف: أن بإفراز البدل صار كل ذراع كثوب على حدة، والثوب إذا بيع على أنه كذا ذراعاً فنقص ذراع.. لا يسقط شيء من الثمن، ولكن يثبت له الخيار فيهما؛ لما تقدم من أن في النقصان تفرق الصفقة، وفي الزيادة ضرر زيادة الثمن.

ولأبي حنيفة: أنه قد ثبت أن الذراع وصف في الأصل لا يقابله شيء من الثمن، وإنما أخذ حكم الأصل بالشرط، والشرط مقيّد بالذراع، ونصف الذراع ليس بذراع، فكان الشرط معدوماً، أو زال موجب كونه أصلاً فعاد الحكم إلى الأصل وهو الوصف.. فلا يقابله شيء من الثمن، فسلم له مجاناً، ولهذا كان الخيار في جانب البائع في صورة زيادة النصف عنده؛ لأنه لما سلم للمشتري مجاناً.. لا معنى لتخيير المشتري في أخذه، فصار هذا بالنسبة إليه كمن اشترى شيئاً على أنه معيب فوجده سليماً.. فإنه يأخذه بلا خيار.

قيل: هذا الخلاف فيما تتفاوت جوانبه كالقميص والسراويل والأقبية؛ أما في الكرباس الذي لا تتفاوت جوانبه.. لا يطيب للمشتري ما زاد على المشروط؛ لأنه بمنزلة الموزون؛ لعدم تضرره بالقطع، وعلى هذا قالوا: يجوز بيع ذراع منه بلا تعيين موضع؛ كما في الحنطة إذا باع قفيزاً منها، على ما في «الهداية».

وفي «الذخيرة»: الأصح: قول أبي حنيفة، وقول محمد أعدل.

ولو أضاف العقد إلى العين لا إلى العدد.. يجوز مطلقاً على ما دل عليه ما ذكرناه من «القنية» من مسألة الكواغد.

ولو ساوته الحنطة كلّ قفيز بثمن معين وحاسبوا فبلغ ستمائة درهم فغلطوا وحاسبوا الحنطة المشتراة بخمسمائة درهم، وباعوها منه بخمسمائة، ثم ظهر أن فيه غلطاً.. لا يلزمه إلا خمسمائة؛ لإضافة العقد إلى قدر معلوم، بثمن معلوم، وبعده لا يضر الغلط في قدر المبيع أو الثمن.

* * *

(فَصْلٌ)

(فَصْلٌ)

بعض مسائل هذا الفصل مبنية على الاستحسان، وأكثرها على قاعدتين:

أحدهما: أنّ كل ما يتناوله اسم المبيع عرفاً دخل في المبيع وإن لم يذكر صريحاً.

والثانية: أن ما كان متصلاً بالمبيع اتصال قرار.. كان تابعاً في الدخول، وما لا.. فلا.

والمراد باتصال قرار: ما وضع للقرار في موضعه، لا أن يفصله البشر في ثاني الحال؛ كاتصال الأشجار المغروسة.

ومما يتفرع على الأصل الأول: ما في «الخلاصة» و«البزازية»: باع فرساً.. دخل فيه العذار لا السرج ولو عليه، إلّا بالنص.

وقيل: يدخل لو عليه.

ولو باع حماراً موكفاً.. يدخل الإكاف [١٥/ب] والبردعة في البيع، ولو كان غير موكف.. قيل: لا يدخل الإكاف.

وقيل: يدخل، وهو المختار على ما في «الخلاصة».

ولو باع عبداً أو جارية.. دخل في البيع ما عليهما من الثياب التي تكون على مثل المبيع عادة، وللبائع أن يأخذ هذه الثياب ويعطي غيرها.

ولو استحق بشيء من الثياب.. لا يرجع بشيء من الثمن.

وفي «الفتاوى»: الداخل تحت البيع: ثياب مثل المبيع؛ إن شاء البائع أعطاها الذي عليه؛ وإن شاء أعطى غير ذلك؛ لأن الدخول بحكم العرف، والداخل بحكم العرف: كسوة مثلها لا عينها.

يَدْخلُ البناءُ والمفاتيحُ فِي بيعِ الدَّارِ ....

(يدخل البناء)، وكذا العلو والكنيف والمربط **(والمفاتيح)** أي مفاتيح الأغلاق المتصلة بباب الدار؛ لأن الأغلاق إذا لم تكن متصلة بباب الدار كالقفل.. لا تدخل في المبيع، لا هو ولا مفتاحه.

(في بيع الدار) احترز به عن بيع المنزل أو البيت؛ فإن العلو لا يدخل في بيعهما، على ما سيأتي بيانه.

قيّد دخول البناء: ببيع الدار، وهل يدخل في القضاء بالدار وفي الشهادة بها أيضاً؟

قالوا: يدخل، لكن أنما يدخل تبعاً: على اختيار «قاضي خان»، وأصالة: على اختيار «المنتقى»؛ فإنه ذكره في فصل دعوى الدور من «قاضي خان» وقال: رجل ادّعى داراً في يد رجل، فأنكر المدعى عليه، فأقام المدعي شهوداً أنها له، وقضي بها له، ثم أقام المقضي عليه البينة أن البناء له بناه هو، ذكر في «الأصل»: أنه تقبل عليه بينة المدعى عليه؛ لأن البناء دخل في القضاء، والشهادة تبعاً لا أصالة، حتى لو كان شهود المدعي شهوداً بالدار والبناء جميعاً فقضى القاضي بهما للمدعي، ثم أقام المقضي عليه البينة بأن البناء له بناه هو.. لا تقبل بينته.

وذكر في «المنتقى»: إذا ادعى داراً وأقام البينة أنها له، فقضى القاضي له بالدار، ثم أقام المقضي عليه البينة أن البناء له بناه هو.. لا تقبل بينة المقضي عليه؛ لأن الشهادة بالدار شهادة بالأرض والبناء جميعاً.

ولذا لو قال شهود المدعي بعد القضاء: ليس البناء للمدعي، وإنما شهدنا له بالدار دون البناء.. كانت شهادتهم بالدار شهادة بالبناء، ويضمنان قيمة البناء للمقضي عليه.

ولو شهدوا بالدار للمدعي، ثم قالا قبل القضاء: ليس البناء للمدعي.. قبلت شهادتهما، ويقضى للمدعي بالساحة دون البناء.

بِلَا ذكرٍ، ....

وينبغي للقاضي إذا شهدوا بالدار: أن يسألهما عن البناء، وإن ماتا وغابا قبل أن يسألهما.. يقضي بالدار والبناء. انتهى.

(بلا ذكر) لما مر من الأصلين، وذلك؛ لأن اسم الدار يتناول العرصة والبناء والعلو عرفاً فيدخل فيه، بخلاف باب اليمين [١٦/أ]؛ حيث لا يدخل البناء في اسم الدار فيما لو حلف لا يدخل هذه الدار فدخلها بعدما انهدم بناؤها؛ فإنه يحنث بالدخول بعد الانهدام، ولو دخل البناء.. لما حنث.

وهذا لأن البناء وصف في الدار في عرف الأيمان، فيكون لغواً في الدار المعنية بالإشارة، فكأنه حلف لا يدخل هذه التي تسمّى الآن داراً، فلا يتقيد الدخول المحلوف عليه بكونها داراً وقت الدخول، فصار كما لو حلف على نفي الدخول في هذا المكان، ولأن البناء والعلو والأغلاق المتصلة بالباب متصلة بالعرصة والباب اتصال قرار، فتدخل فيه.

وكذا مفاتيح الأغلاق المتصلة؛ لأنها كالجزء منها؛ لعدم الانتفاع بدونها، فصارت داخلة فيها استحساناً.

بخلاف القفل ومفتاحه؛ لأن القفل؛ لعدم جريان الأصلين المذكورين فيه.. كان خارجاً عن البيع، وكان مفتاحه أيضاً خارجاً؛ لأن دخوله في الغلق المتصل بناء على الاستحسان لدخول الغلق؛ فإذا لم يدخل الغلق.. بقي المفتاح على القياس، وهو: عدم الدخول.

وفي «الخلاصة»: باع حانوتاً.. دخل ألواح الحانوت في العقد، سواء باع الحانوت بمرافقها أو لا، وهو المختار.

وقيل: الألواح والأقفال للبائع، والمفتاح للمشتري.

إذا باع داراً وفيها بئر وعليها بكرة وعلى البكرة دلو وحبل؛ إن باعها بمرافقها.. يدخلان في البيع، وإن لم يذكر المرافق.. لا يدخل الدلو والحبل؛ أما البكرة.. فتدخل في الوجهين.

وظلة الحانوت تدخل إن ذكر المرافق، وإلا.. فلا.

وفي «الجامع الصغير»: اشترى داراً وعلى بابها ظلة؛ إن كان بابها خارج الدار.. لا تدخل في البيع من غير ذكر بالإجماع، وإن كان بابها في الدار.. فكذلك عند أبي حنيفة، وعندهما: تدخل من غير ذكر؛ لأنها تعقد للانتفاع، ولا يحصل الانتفاع إلا بها، وكذا سائر ما لا ينتفع إلّا به، بخلاف البيع؛ لأنه قد يكون لمجرد التجارة.

الإقرار والوصية كالبيع في أن الشرب والطريق لا يدخلان إلا بالذكر.

والرهن والصدقة الموقوفة كالإجارة في أنهما يدخلان من غير ذكر.

وفي هبة «القنية»: يدخل في هبة الأرض ما يدخل في بيعها من الأبنية والأشجار من غير ذكر.

وكذا في الصلح على أرض أو عنها: يدخل، ولا يدخل في الصلح من غير ذكر. انتهى.

فعلم منه: أن الهبة مثل البيع في الحكم المذكور.

والبستان إن كان في الدار.. يدخل في بيعها صغيراً كان أو كبيراً.

ولو كان خارج الدار ومفتتحه في الدار.. قال بعضهم: إن كان صغيراً من الدار.. يدخل، وإن كان مثل الدار أو أكبر منه [١٦/ب].. لا يدخل.

والرّحى لا تدخل في بيع الدار؛ لأنها ليست من حقوق البيت والدار.

ولو كان في الضيعة.. تدخل إذا ذكر: بكل حق هو لها؛ لأنها من حقوقها.

والدالية كالرحى.

وَكَذَا الشّجرُ فِي بيعِ الأَرْضِ.

هذا إذا لم يكن حجر الرحى مبنية في الدار كما في ديار مصر، وأما لو كانت مبنية فيها.. فتدخل بلا ذكر.

والسُّلَّم من حجر أو خشب يدخل إن كان متصلاً بالبناء.

وكذا السرير والدرج المتصلة بها.

وكير الحداد يدخل، لا كير الصائغ.

ومقلّاة السّواقين التي يقلى فيها السويق لا تدخل تحت البيع؛ سواء كانت من نحاس وحديد وإن كانت في البناء؛ لأنها جعلت في البناء للعمل، فلم تكن من جملة البناء.

(**وكذا**) يدخل (**الشجر في بيع الأرض**) لاتصالها اتصال قرار كالبناء.

أطلقه فشمل المثمرة وغيرها، والصغيرة والكبيرة، إلا اليابسة.. فإنها على شرف القلع، فصارت كالحطب الموضوع.

وقيل: لا يدخل غير المثمرة أيضاً؛ لأنها تقطع للحطب والبناء عليها، ولا الصغيرة؛ لأنها تنقل عن مكانها، فصار كالزرع.

والأوّل: أصحّ، على ما في «العناية».

وهذا في الأرض التي كانت ملكاً للبائع، بخلاف الأراضي الأميرية؛ فإن في تفويضها يدخل الأشجار النابتة بغير إنبات وغرس، لا الأشجار التي تنبت بالغرس والإنبات؛ فإن الأولى تابعة للأرض، فتدخل في تفويضها، والنابتة ملك الغارس، فلا تدخل بلا ذكر. كذا أفتى به مشايخ الإسلام.

ولو باع أرضاً فيها قطن.. لا يدخل القطن.

واختلفوا في شجره.

قيل: يدخل، وقيل: لا، وهو الأصح على ما في «الظهيرية».

وَلَو أطلقَ شِرَاءَ شَجَرَةٍ.. دخلَ مَكَانُهَا عِنْد مُحَمَّدٍ، وَهُوَ المُخْتَارُ، خلافاً لأَبِي يُوسُفَ.

وكذا لا يدخل شجر الباذنجان إلا بالشرط.

وفي «الخلاصة»: الوصية كالبيع؛ فإنه لا يدخل الثمر تحت الوصية في وصيّة الشجر.

ثم قلنا نقلاً عن «المحيط»: والأصل: أن ما كان لقطعه مدّة معلومة كالثمر.. فلا يدخل في البيع، وما ليس لقطعه مدّة معلومة.. يدخل؛ كالشجر.

وبعض المشايخ فصّل في الأشجار؛ حيث قال: إن كانت بحالة تقلع بعروقها في كلّ ثلاث سنين.. تدخل في البيع، وهي الشجرة الصغيرة التي تباع في الربيع، وإن كانت تقطع من وجه الأرض.. فاختلفوا فيه، الصحيح: أنها تدخل أيضاً من غير ذكر؛ مثمرة أو لا، صغيرة أو كبيرة، للحطب أو لغيره.

(**ولو أطلق شراء شجرة**) أي لم يعينها بأن شراها للقطع أو للقرار (.. **دخل مكانها عند محمد**) بمقدار غلظها؛ لعدم إمكان قرارها بدون الأرض؛ لأنها اسم للمستقر في الأرض، كما لو دخل مكانها في الوصية والميراث، وفيما لو أقر لفلان بشجرة، (**وهو المختار**) أي للفتوى على [١٧/أ] ما في «الخلاصة» نقلاً عن الصدر الشهيد، وهو رواية عن أبي حنيفة، وهذا للعرف.

وفي «التبيين»: وثياب الغلام والجارية تدخل في البيع بغير شرط للعرف، إلا أن تكون ثياباً مرتفعة اللبس، وحينئذٍ لا تدخل إلّا بشرط؛ لعدم العرف.

والحبل المشدود في عنق الحمار والعذار.. يدخل للعرف، لا الحبل المشدود على قرن الثور والحمل؛ لعدم العرف إلا بالذكر.

وفصيل الناقة ومهر الرمكة وجحش الأتان والعجول؛ إن ذهب به مع الأُمَّات إلى موضع البيع.. يدخل للعرف، وإلا.. فلا.

(**خلافاً لأبي يوسف**)؛ لأن الأصل أصل، والشجرة تابع، فلو دخل معها..

وَلَا يدْخل الزَّرْعُ فِي بيعِ الأَرْضِ، ....

لانقلب الأصل تبعاً، مع كونها أصلاً في هذا البيع.

هذا فيما أطلق، وأما لو عين أنه اشتراها للقطع.. لا تدخل بالاتفاق، ولو عين أنه للقرار.. تدخل بالاتفاق بمقدار غلظها دون ما ينتهي إليه العروق.

وفي «الخلاصة»: باع شجرة بشرط القطع.. تقطع من وجه الأرض.

وإن باع بشرط القلع.. تقلع من الأصل.

وفي الإقرار والقسمة: تدخل الأرض التي تحت الشجرة، والهبة و الصدقة: كالوصية في الدخول.

ولو أقر لرجل بأرض وفيها شجرة قائمة، وعليها ثمرة.. فهي للمقر له، وكذا الزرع.

اشترى شجرة بعروقها وقد نبت من عروقها أشجار؛ فإن كانت الأشجار بحيث لو قطعت الشجرة يبست.. صارت مبيعة، وإلا.. فلا؛ لأنها إذا يبست بقطع الشجرة.. كانت نابتة من الشجرة.

(ولا يدخل الزرع) الذي بناها بفلاة وصار مما ينتفع به رأساً وخرج عن تبعية الأرض (في بيع الأرض)؛ لأن اتصاله بها ليس باتصال قرار، فأشبه المتاع الموضوع في الدار.

ولا يرد عليه الحَمْل؛ حيث يدخل في بيع أمّه، مع أن اتصاله ليس باتصال قرار؛ لأنه لما كان البشر لا يقدر على فصله في ثان الحال، ولا يفصله إلّا الله تعالى.. صار كأنه لا يعدّ منفصلاً، بل يعدّ متصلاً اتصال قرار، ولأنه لما كان جزء أمّه صار تبعاً لها عرفاً.

وعن هذا قالوا: لو اشترى سمكة فوجد في بطنها لؤلؤة؛ إن كانت في صدف.. تكون للمشتري، وإن لم تكن في الصدف.. تكون للبائع؛ لأنها في الأول: تكون

وَلَا الثَّمر فِي بيعِ الشّجرِ.. إِلّا باشتراطه، وَإِن ذَكَرَ الحُقُوقَ والمرافقَ، ....

جزءاً من السمكة فتدخل في بيعها عرفاً تبعاً لها، وفي الثاني: تكون وديعة فيها لا تتبعها.

ولو اشترى داراً وكتب: بحقوقها فانهدم حائط منها، فوجد فيها رصاصاً أو صاجاً أو خشباً؛ إن كان من جملة البناء كالخشب التي تحت الحائط.. فهو للمشتري؛ لكونه تابعاً للمبيع، وإن كان شيئاً هو مودع في الحائط [١٧/ب].. فهو للبائع؛ لعدم كونه تابعاً له.

كما لو وجد المشتري في جذع من جذوعها دنانير أو غيرها تكون للبائع؛ لعدم كونه تابعاً.

(ولا الثمر) سواء كان له قيمة أو لا.

وقيل: إذا لم يكن له قيمة.. يدخل في البيع، ويكون للمشتري. والأول: أصح على ما سيأتي.

(في بيع الشجر) لقوله ﷺ: «من اشترى أرضاً فيها نخل.. فالثمرة للبائع، إلا إن اشترط المشتري». رواه محمد في «الأصل».

ولأن اتصاله بالشجر وإن كان خلقياً.. إلّا أنّه للفصل من العباد في ثاني الحال، لا للقرار، فصار كالزرع.

(إلّا باشتراطه)؛ لما رويناه، ولأنه بالشرط صار مقصوداً بالعقد، فصار من المبيع سواء، كأن يقول: بعتك الأرض على أن يكون زرعها لك، أو زرعها، أو مع زرعها، أو بزرعها، وكذا في الثمر مع الشجر.

(وإن) وصلية (ذكر الحقوق والمرافق)؛ لأن الزرع والثمر ليسا من حقوق الأرض والشجر؛ لأن الحقوق والمرافق مختص بتوابع المبيع؛ كالطرق والشرب ومسيل الماء، وهما ليسا كذلك.

وَيُقَالُ لِلْبَائِعِ اقلعْهُ واقطعْهَا وَسلّمِ المَبِيع.

بخلاف ما لو قال: بعت بكل قليل وكثير هو له، بدون ذكر الحقوق والمرافق.. فإنهما يدخلان في البيع حينئذٍ؛ لعموم اللفظ، فيصيران من المبيع.

(**ويقال للبائع**)؛ أي: بعد انتفاء الثمن وقبضه على ما في «الخانية»: (**اقلعه**) أي الزرع، (**واقطعها**) أي الثمر، (**وسلم المبيع**)؛ لأن التسليم واجب عليه، فيؤمر بتفريغه، حتى لو لم يفرغه لم يوجد التسليم؛ لاشتغاله بملك البائع.

قال في «قاضي خان»: لو باع داراً وسلمها إلى المشتري، وفيها قليل متاع للبائع.. لم يكن تسليماً حتى يسلّمها فارغة، وإن أودع المتاع عند المشتري وأذن للمشتري بقبض الدار والمتاع جميعاً.. صح التسليم؛ لأن الكل صار في يد المشتري.

وفي «الخلاصة» عن «الأجناس»: يعتبر في صحة التسليم ثلاثة معان:

أحدها: أن يقول البائع: خليت بينك وبين المبيع.

الثاني: أن يكون المبيع بحضرة المشتري على صفة يتأتى فيه الفعل من غير مانع.

الثالث: أن يكون مفرزاً غير مشغول بحق غيره.

وكان أبوحنيفة يقول: القبض: أن يقول البائع: قد خليت بينك وبين المبيع فاقبضه، ويقول المشتري وهو عند البائع: قد قبضته.

فإن أخذ برأسه وصاحبه عنده وقاده.. فهو قبض؛ سواء كان دابة أو بعيراً أو كان غلاماً أو جارية، فقال له المشتري: تعال معي أو امش معي فتخطى معه، فهو قبض.

وكذا لو أرسله في حاجة.

وفي الثوب إن أخذه بيده أو خلّى بينه وبينه وهو موضوع على الأرض، فقال: قد خليت بينك وبينه فاقبضه، فقال المشتري قد قبضته.. فهو قبض.

والتخلية في البيع [١٨/أ] الفاسد: يصير قبضاً، وسنذكره في البيع الفاسد.

وفي «فتح القدير»: ولو باع داراً غائبة فقال: سلمتها إليك، فقال: قبضتها.. لم يكن قبضاً.

وإن كانت قريبة.. كان قبضاً، وهي: أن تكون بحال يقدر على إغلاقها، وما لم يقدر على إغلاقها.. فهي بعيدة.

وأطلق في «المحيط»: أن بالتخلية يقع، وإن كان المبيع يبعد عنهما.

وقال الحلواني: ذكر في «النوادر»: إذا باع ضيعة وخلّى بينها وبين المشتري؛ إن كان يقرب منها.. يصير قابضاً، وإن كان بعيداً.. لا يصير قابضاً.

قال: والناس عنه غافلون؛ فإنهم ليشترون الضيعة بالسواد ويقرون بالتسليم والقبض، وهو لا يصح به القبض.

وفي «جامع شمس الأئمة»: يصح القبض، وإن كان العقار غائباً عنهما عند أبي حنيفة، خلافاً لهما.

وفي «جمع النوازل»: دفع المفتاح في بيع الدار تسليم إذا تهيأ له فتحه من غير تكلّف، هذا عندنا.

وقال الشافعي: لا يقال للبائع ذلك، بل يترك الزرع حتى يستحصد، والثمر حتى يبدو صلاحها؛ لأن الواجب عليه هو التسليم المعتاد، والمعتاد: أن لا يقطع قبل أوانها.

قلنا: لا نسلم أنّ الواجب هو التسليم المعتاد، ولو سلّم، فلا نسلم أن المعتاد عدم القطع إلى وقت الحصاد والبدُوِّ، سلّمناه، لكنه غير مقيد؛ فإنهم قد يبيعون للقطع، سلّمناه، ولكن الواجب ذلك، ما لم يعارضه ما يسقطه، وقد عارضه دلالة الرضاء بذلك، وهي إقدامه على بيعها مع علمه بمطالبة المشتري تفريغ ملكه وتسليمه إيّاه فارغاً.

وَكَذَا لَا يدْخلُ حَبُّ بَذرٍ لـم ينْبـتْ بعدُ، وَإِن نبت وَلـم تصرْ لَـهُ قيمَـةٌ.. دخلَ، وَقيل: لَا.

وَمن بَاعَ ثَمَرَةً..

فإن قيل: إذا تمت مدة الإجارة، وفي الأرض زرع.. فإنه لا يومر بالقطع، بل يترك إلى الحصاد، مع أن تسليم الأرض فارغة واجب هنا أيضاً.

قلنا: نعم، إن تسليم الأرض فارغة واجب في صورة الإجارة أيضاً، لكنه لا يترك إلا بالأجر، وتسليم العوض تسليم المعوض عنه، فوجد التسليم فارغة هنا حكماً، ولأن الإجارة إنما عقدت للانتفاع، وذلك لا يكون إلّا بتركه إلى الحصاد، ولو قطع قبله.. لزم قلب الموضوع، بخلاف البيع؛ فإنه لملك الرقبة، فلا يراعى فيه إمكان الانتفاع، ثم لا فرق بينهما إذا كان الثمر بحال له قيمة أو لم يكن، في كونه للبائع، ويؤمر بقطعه، هذا هو الصحيح.

وقيل: إذا لم يكن له قيمة.. يدخل في البيع، ويكون للمشتري.

وجه الصحيح: أنّ بيعه منفرداً يصح في أصح الروايتين، وما يصح بيعه منفرداً.. لا يدخل في بيع عشره إذا لم يكن موضوعاً للقرار.

(**وكذا لا يدخل حبّ بذر ولم ينبت بعد**)؛ لأنه مودع فيها كالمتاع.

وقيل: هذا إذا لم يغصن البذر في الأرض، وأما إذا غصن فيها.. هو للمشتري؛ [١٨/ب] لأن بيع الغصن بانفراده لا يصح، فكان تابعاً للأرض عرفاً.

بخلاف غير الغصن؛ فإنه يصح بيعه بانفراده.

(**وإن نبت ولم تصر له قيمة.. دخل**) في بيع الأرض على ما اختاره الإسكاف.

(**وقيل: لا**) يدخل، وهو مختار أبي القاسم الصّغار، وهذا بناء على الاختلاف في جواز بيعه؛ فمن جوز بيعه قبل أن يناوله المشافر والمناجل.. لم يجعله تابعاً لغيره، ومن لم يجوزه.. جعله تابعاً.

(**ومن باع ثمرة**) بعد ظهورها؛ لأن بيع الثمر على الشجر قبل الظهور لا يجوز،

بدا صَلَاحُهَا، أَو لم يبدُ.. صَحَّ، ويقطعُها المُشْتَرِي للْحَال.

وَإِن شَرطَ تَركَهَا على الشَّجَرَةِ.. فسدَ، ....

وإنما يجوز بعد ظهورها.

(بدا صلاحها أو لم يبد.. صح) البيع إن لم يشترط تركها على الشجر.

أما إذا بدا صلاحها.. فلانتفاع بني آدم أو علف الدواب.

وأما إذا لم يبد صلاحها.. فلأنه مال متقوم؛ لكونه منتفعاً به في الحال أو في الاستقبال، فصار كبيع الجحش والمهر.

وذكر شيخ الإسلام والإمام السرخسي: أن البيع قبل أن ينتفع به.. لا يجوز؛ لأن النبي ﷺ نهى عن بيع الثمر قبل أن يبدو صلاحها؛ لأن البيع مختص بمال متقوم، والثمر قبل بدو صلاحها ليس كذلك.

والأول: أصح، على ما في «الهداية» و«الخلاصة»؛ لما أشار إليه محمد في باب العشر: أنه لو باع الثمار في أول ما تطلع وتركها بإذن البائع حتى أدركت.. فالعشر على المشتري، ولأنه مال متقوم في الاستقبال، ونفي جوازه يفضي إلى نفي جواز بيع الجحش والمهر، وذلك جائز بالاتفاق.

وتأويل ما رويناه: أنه إذا باعه بشرط الترك أو الحمل على بيعها سلما.

وفي «الخلاصة»: الحيلة في جوازه عند الكل: أن يبعها مع الشجر.

ومعنى الصلاح عندنا: أن يأمن العاهة والفساد، وعند الشافعي: هو ظهور النضج وبدو الحلاوة، كذا في «فتح القدير».

(ويقطعها) أي الثمرة (المشتري للحال)؛ تفريغاً لملك البائع، هذا إذا اشتراها مطلقاً أو بشرط القطع.

(وإن شرط تركها على الشجر.. فسد) البيع؛ لأنه شرط لا يقتضيه العقد، ولأن فيه صفقة في صفقة؛ لأنه إما إعارة في بيع لو كان الترك بغير أجرة، أو إجارة في بيع لو كان الترك بأجرة، وذلك حرام.

وَلَو بعدَ تناهي عِظَمِهَا، خلافاً لمُحَمدٍ.

وَكَذَا شِرَاءُ الزَّرْعِ.

فإن قيل: لا نسلم أن فيه صفقة في صفقة، وإنما يكون كذلك أن لو جازت إعارة الأشجار وإجارتها، وليس بجائز، نعم هذا يستقيم فيما إذا باع الزرع بشرط الترك في الأرض؛ فإن إعارة الأرض وإجارتها جائز.

قلنا: معنى كونه صفقة في صفقة: اشتراط عقد في عقد صحيحاً أو فاسداً، ولا يلزم كونه صحيحاً؛ إذ لا فرق بين كون العقد الذي جعل شرطاً صحيحاً، وبين كونه فاسداً في [١٩/أ] جعل العقد المشروط فاسداً.

(**ولو**) وصلية (**بعد تناهي عظمها**) عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وهو القياس بما ذكرناه من الوجهين؛ لأن مقتضاهما: عدم الفرق بين المتناهي وغير المتناهي.

(**خلافاً لمحمد**) استحساناً، وهو قول مالك والشافعي، واختاره الطحاوي؛ حيث قال: لا يفسد بشرط الترك بعد التناهي استحساناً؛ لعموم البلوى، ولتعامل الناس فيه، بخلاف ما لم يتناهى عظمها؛ فإنه يفسد العقد فيه بشرط الترك اتفاقاً؛ لأنه شرط فيه الجزء المعدوم، وهو الذي يزاد لمعنى في الأرض والشجر.

وأجيب عنه: بمنع جريان العرف فيه، بل المعتاد في مثله مجرد الإذن في الترك بلا شرط في العقد.

لكن قال في «الأسرار»: الفتوى على قول محمد.

(**وكذا**) أي يصح (**شراء الزرع**) بعد ظهورها؛ بدا صلاحها أو لم يبد إن لم يشترط الترك إلى الحصاد، وإن شرط.. فسد البيع؛ لما في «البزازية» و«الخلاصة» عن «التجريد»: بيع جميع الثمر والزرع إذا كان موجوداً جائز وإن كان قبل بدو الصلاح؛ إذا لم يشترط الترك، والمراد ببدو الصلاح: كونه منتفعاً به.

ولو شرط في العقد تركها.. فالعقد فاسد. انتهى.

ولكن قال قبل هذه المسألة: لو باع الزرع قبل أن يصير بقلاً.. لا يجوز وبعدما صار بقلاً: بشرط أن يقطعه المشتري أو يرسل دابته فتأكل.. جاز، وإن باعه بشرط أن يترك حتى يدرك.. لا يجوز.

وكذا الرطبة والبقول. انتهى.

وهكذا في «قاضي خان».

فظهر منه: أن في بيع الزرع بعد الظهور قبل الانتفاع روايتين، ففي رواية «التجريد»: جائز، وفي رواية غيره: لا يجوز، والمصنف أخذ الأول، وصاحب «الدرر» أخذ الثاني.

ولو كان الزرع مشتركاً بين اثنين فباع أحدهما نصيبه بغير إذن شريكه؛ إن بلغ الحصاد.. جاز، وإلا.. فلا.

ولو باع من شريكه.. جاز مطلقاً.

وكذا لو باع نصيبه من الشجر على هذا.

ولكن لو باع من غير شريكه قبل الحصاد ولم يفسخ حتى أدرك الزرع.. جاز؛ لزوال المانع؛ كما لو باع الجذع في السقف ولم يفسخ البيع حتى أخرجه من البناء؛ فإنه ينقلب جائزاً.

ولو كان الزرع والأرض مشتركاً فباع نصف الأرض مع نصف الزرع من شريكه أو أجنبي بغير رضاء شريكه.. جاز، وقام المشتري مقام البائع، ثم بيع نصف الزرع بدون الأرض إنما لا يجوز في موضع كان لصاحب الزرع حق القرار؛ بأن زرع في ملك نفسه.

أما إذا كان متعدياً في الزراعة كالغاصب.. جاز بيع النصف.

وكذا إذا باع نصف البناء بدون الأرض، ويبقى نصف الثمار مشاعاً قبل بدوّ الصّلاح [١٩/ب] من شريكه.. جاز، لا من غيره.

وَإِن تَركهَا بِإِذنِ البَائِعِ بِلَا اشْتِرَاطٍ.. جازَ وطَابَ لَهُ الزِّيَادَة.

وَإِن بِغَيْرِ إِذْنِهِ.. تصدَّقَ بِمَا زَاد فِي ذَاتهَا.

وإِنْ بَعْدَمَا تناهَتْ.. لَا يَتَصَدَّقُ بِشَيْءٍ.

وَإِن اسْتَأْجرَ الشّجرَ إلى وقتِ الإدراكِ.. بطلتِ الإِجَارَةُ وَطَابَتِ الزِّيَادَةُ.

وأفتى على السعدي: أنه لا يجوز مطلقاً، كذا في «الخلاصة».

(**وإن تركها**) أي الثمرة (**بإذن البائع بلا اشتراط**) الترك حين العقد (.. **جاز**) البيع، (**وطاب له الزيادة، وإن بغير إذنه**).. جاز البيع أيضاً، لكنه (**تصدّق بما زاد في ذاتها**) بأن يقومها قبل الإدراك وبعده، فيتصدّق بفضل ما بينهما؛ لأن ما زاد حصل بجهة محظورة، وهي حصولها بقوة الأرض والشجر المغصوبتين.

(**وإن**) تركها بغير إذن البائع (**بعدما تناهت**) عظمها (.. **لا يتصدق بشيء**)؛ لأن هذا تغيّر حال من النيّ إلى النضج، لا يتحقق زيادة في الجسم؛ لأن الشمس تنضجها، والقمر يّلونها، والكواكب تعطيها الطعم على جري عادة الله تعالى، وهذه ليست بزيادة في الجسم.

(**وإن استأجر الشجر إلى وقت الإدراك**) سواء بين المدة أو لم يبيّنها (.. **بطلت الإجارة**)؛ لعدم التعارف، ولعدم الحاجة إليها؛ لإمكان أن يشتريها مع أصولها.

وفي إجارات «الأشباه»: لو استأجر الشجر مطلقاً.. قال الإمام خواهر زاده: لقائل أن يقول بالجواز، وينصرف إلى شد الثياب عليها أو الدابة، وبعدمه؛ لأن المنفعة المقصودة منها: الثمرة. انتهى.

(**وطابت الزيادة**) للمشتري بلا لزوم أجر المثل، لا لمدة الترك، ولا للمدة المعينة؛ لأنه لما بطلت الإجارة.. بقي إذنه في وقت الإجارة معتبراً فطابت ولم يلزم الأجر؛ لعدم الإجارة به رأساً، والحيلة فيه: أن يقول المشتري للبائع بعد دفع الثمن: جعلت لك جزءاً من ألف جزء من هذه الثمرة على أن تعمل فيها بالمساقاة، كذا في «البزازية».

وإِنْ اسْتَأْجرَ الأَرْضَ لتركِ الزَّرْعِ.. فَسدتْ، وَلَا تطيب الزِّيَادَة.

وَلَو أثمرتْ ثمراً آخرَ قبلَ القَبْضِ.. فسدَ البيعُ.

وَبعدَ القَبْضِ يَشْتَرِكَانِ.

وَالْقَوْلُ فِي قَدْرِ الحَادِثِ لِلْمُشْتَرِي.

(**وإن استأجر الأرض**) ـ أي: إلى وقت بلا تعيين المدة؛ لأنه لو استأجرها وبين المدة يصح على ما في «الخلاصة» و«البزازية» وغيرهما ـ (**لترك الزرع.. فسدت**) الإجارة؛ لجهالة وقت إدراك الزرع؛ إذ قد يتقدم ويتأخر.

(**ولا تطيب**) أي للمشتري (**الزيادة**)؛ لأنه لما فسدت الإجارة.. فسد الإذن في ضمنها أيضاً تبعاً لها، فيكون الزائد خبيثاً، سبيله التصدق، بخلاف ما تقدم؛ لأن الباطل لا أصل له في الشرع أصلاً.. فلا يتضمن شيئاً آخر حتى يفسد المضمن تبعاً للمضمن.

وأما الفاسد: فله تحقق من حيث الأصل، فيصح أن يتضمن شيئاً آخر فيفسد بفساده تبعاً له ويجب أجر المثل؛ لأن إجارة الأرض شيء متعارف، كذا في «الخلاصة».

(**ولو**) اشترى الثمار ولم يقيد بالقطع والترك وتركه و(**أثمرت ثمراً آخر قبل القبض**) أي قبض المشتري المبيع (**.. فسد البيع**)؛ لأن المبيع لا يمكن تسليمه لتعذر التمييز.

والحيلة [٢٠/أ]: أن يشتري الأصول لتحصيل الزيادة في ملكه، ثم يبيع الأصول بعد قضاء حاجته عن البائع إن شاء.

(**وبعد القبض: يشتركان**) في الحادث؛ لأن البيع قد تم بالتسليم والقبض، وقد حدث ملك البائع واختلط بملك المشتري، فيشتركان فيه للاختلاط.

(**والقول في قدر الحادث: للمشتري**)؛ لأن المبيع في يده، فكان الظاهر شاهداً له.

وَلَو بَاعَ ثَمَرَةً وَاسْتثنى مِنْهَا أرطالاً مَعْلُومَةً.. صَحَّ.

وكذا الحال في نحو الباذنجان والبطيخ.

واعلم أن شراء الثمار على الأشجار على ثلاث صور:

أحدها: إذا خرج الثمر كله.. فإنه يجوز بيعه بالاتفاق، وحكمه: القطع أو الترك بإذن البائع.

والثاني: أن لا يخرج شيء منها.. فإنه لا يجوز بيعه بالاتفاق.

وثالثها: أن يخرج بعضها دون بعض؛ فإن خرج البعض.. قبل القبض فسد البيع في ظاهر المذهب.

وقيل: يجوز؛ إذ الموجود وقت العقد أصل، وما يحدث بعده تبع، فيجوز استحساناً لتعامل الناس فيه.

وكان شمس الأئمة الحلواني يفتي بذلك.

وحكى أيضاً عن أبي بكر محمد بن الفضل: أنه يفتي بذلك، ولم يقيده بكون الخارج أكثر على ما قيده بعضهم على ما في «الزيلعي»، بل كان يعلله بما ذكرناه من أن الموجود وقت العقد أصل، وما خرج بعده تبع له.

وقال شمس الأئمة السرخسي: إن هذا البيع لا يجوز؛ لأن المصير إلى مثل هذه الطريقة عند تحقق الضرورة، ولا ضرورة هنا؛ لأنه يمكنه أن يبيع الأصول أو يشتري الموجود ببعض الثمن ويؤخر العقد في الباقي إلى وقت وجوده، أو يشتري الموجود بجميع الثمن ويبيح له الانتفاع بما يحدث منه، فيحصل مقصودهما بهذه الطريقة، فلا ضرورة في تجويز العقد في المعدوم مصادماً للنص، وهو ما روي عنه ﷺ أنه نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان، ورخص في السلم.

وإن خرج بعد القبض.. يشتركان، على ما ذكرناه.

(ولو باع ثمرة) مجذوذة أولاً (واستثنى منها) أي من الثمرة المبيعة (أرطالاً) أو رطلاً (معلومة.. صح) في ظاهر الرواية؛ لأن المبيع صار معلوماً بالإشارة، والمستثنى

معلوم بالعبارة؛ لأن الفرض كون المستثنى معلوماً بعبارته، فوجب القول بجوازه، ولأن كلّ ما جاز إيراد العقد عليه بانفراد.. جاز استثناؤه من العقد أيضاً؛ كبيع قفيز من صبرة وما لا.. فلا؛ كبيع الحمل وأطراف الحيوان وشاة من قطيع الغنم؛ لأن الاستثناء يقتضي كون المستثنى مقصوداً معلوماً، وإفراد العقد يقتضي كون المعقود عليه مقصوداً معلوماً، فتشابها، فما جاز [٢٠/ب] أن يكون معقوداً عليه بانفراده.. جاز أن يستثنى، وبالعكس؛ أي: ما لا يجوز أن يكون معقوداً عليه بانفراده.. لا يجوز استثناؤه؛ كبيع الحمل وأطراف الحيوان لا يجوز انفراده بالعقد، فكذا لا يجوز استثناؤه.

فلو قال: بعتك هذه الصبرة بكذا إلا قفيزاً منها أو رطلاً منها.. صحّ البيع.

ولو قال: بعتك هذا القطيع من الغنم بكذا إلّا شاة منها.. لا يصح البيع.

ولو قال: إلا هذه الشاة.. جاز؛ لصحة إفراد العقد عليها؛ لتعينها.

وكذا الحكم في جميع العدديات المتفاوتة كالثياب والعبيد، بخلاف الكيلي والوزني والعددي المتقارب؛ فإن استثناء قدر منه وإيراد العقد عليه.. جائز؛ لأن الجهالة لا تفضي إلى النزاع.

والفرق بين: بعت هذا القطيع بكذا إلّا هذه الشاة، وبين: بعت هذا القطيع بكذا على أنّ لي هذه الشاة، حيث جاز الأول دون الثاني: أن المستثنى غير داخل في المستثنى منه على ما عرف، فلم يكن إفراده إخراجاً بحصته من الثمن حتى يكون فيه جهالة.

وأما في الشرط؛ فإن الشاة المعينة دخلت أولاً في الجملة، ثم خرجت بحصتها من الثمن، وهي مجهولة، فيفسد البيع في الكل.

وكذا الحال في نحو: بعتك هذا العبد إلا عشرة، وعلى أن لي عشراً؛ حيث جاز الأول دون الثاني؛ لما ذكرناه.

وَقِيلَ: لَا.

وَيجوزُ بيعُ البُرّ فِي سُنبلِهِ إِن بيعَ بغيرِ جنسهِ، ....

وقيل ـ وهو قول الطحاوي والشافعي وأحمد ورواية الحسن عن أبي حنيفة ـ: لا يصح؛ لأن الباقي بعد الاستثناء مجهول، فلا يرد عليه العقد؛ إذ ربما لا يبقى بعد الاستثناء شيء، فيخلو العقد عن الفائدة، ويكون رجوعاً عن العقد قبل القبول، فيصح رجوعه.

بخلاف ما إذا استثنى نخلاً معيناً؛ لأن الباقي معلوم بالمشاهدة كم نخلة هي، هذه الجهالة لا تفضي إلى المنازعة؛ لأن المبيع معلوم بالإشارة، وجهالة قدره لا تمنع جواز البيع في المشار إليه على ما مر من قبل، إلا أن الصبرة مجازفة جائز مع جهالة القدر، وما نحن فيه هو هذا بعينه؛ لأن ما نحن فيه ليس بالكيل والوزن، وقوله: إذ ربما لا يبقى شيء بعده.. قلنا: الاستثناء تصرف لفظي، فيعتبر فيه صحة الكلام، وإذا صح الكلام.. تمّ وكان مفيداً، ولا يكون رجوعاً، ولو خرج الكل بذلك الطريق؛ لأنه يتوهم البقاء، ألا ترى أنه لو قال: نسائي طوالق إلّا فلانة وفلانة وفلانة، أو قال: عبيدي أحرار إلّا فلاناً وفلاناً وفلاناً حتى أخرج الكلّ بهذا الطريق.. صح، ولا يكون رجوعاً.

وإنما يكون رجوعاً: إذا كان الاستثناء بلفظ [١/٢١] المستثنى منه؛ بأن قال: عبيدي أحرار إلا عبيدي، أو نسائي طوالق إلّا نسائي، حتى لا يصح هذا الكلام ويلغو ويقع الطّلاق والعتاق؛ لأنه استثناء الكلّ من الكلّ بلفظه، فكذا هنا لا يكون رجوعاً، إلا إذا قال: بعتك هذه الثمار.

(**وقيل: لا**.

ويجوز بيع البرّ في سنبله إن بيع بغير جنسه) ويلزم على البائع الدوس والتذرية. وكذا لو أطلق ولم يقيّد بسنبله.

ولو حنطة في سنبله.. يجوز ويلزم على البائع الدوس على ما في «البزازية».

فيحمل على غير جنسه؛ حملاً لكلامه على الصّلاح.

وإنما لم يجز بيعه بجنسه - أي بيع البر في سنبله ببرّ في سنبله أو في الأرض، أو بيع سنبلة البر بسنبلة البرّ - لاحتمال الرّبا بجهالة قدر ما في السنبلة والأرض.

وقال الشافعي في قوله الجديد: لا يجوز بيع البر في سنبله؛ لأن المقصود وهو المبيع مستور بما لا منفعة له فيه.. فلا يجوز بيعه؛ كتراب الصاغة إذا بيع بجنسه بجامع استتاره بما لا منفعة، وكبيع بذر البطيخ وحب القطن واللبن في الضرع والزيت في الزيتون قبل الاستخراج، وأصل هذا: عموم ما روي أن النبي ﷺ نهى عن بيع الغرر، وفي هذا غرر؛ فإنه لا يدري قدر الحنطة الكائنة في السنابل، والمبيع ما أريد به إلّا الحب لا السنابل، فرجع إلى جهالة القدر، وهذا يقتضي عدم جواز بيع اللوز والجوز ونحوهما في قشره الثاني، وبيع الشعير والذرة في سنبلهما، لكنه يجوز استحساناً؛ لتعامل الناس فيها، فترك القياس في مورد الاستحسان.

واستدل أصحابنا بالنقل والعقل:

أما النقل: فما رواه مسلم: أن النبي ﷺ نهى عن بيع النخل حتى يزهو، وعن بيع السنبل حتى يبيض ويأمن العاهة.

وجه الاستدلال به: أن حكم ما بعد الغاية خلاف حكم ما قبلها.

ورد: بأنه استدلال بمفهوم الغاية، والأولى: أن يستدل بقوله: «نهى»؛ فإن النهي يقتضي المشروعية.

أقول: إن النهي إنما يقتضي المشروعية بحسب الأصل دون الوصف، ولا يطلق على مثله الجواز؛ كالربا والبيع بشرط، ويجوز الاستدلال بمفهوم الغاية عندنا؛ كما في قوله تعالى: ﴿ثُمَّ أَتِمُّوا۟ ٱلصِّيَامَ إِلَى ٱلَّيْلِ﴾.

وقيل: إن المراد به: هو السلم؛ يعني: لا يجوز السلم فيه حتى يوجد بين الناس، فيكون دليلاً على اشتراط وجود السلم فيه من حين العقد إلى حين المحل.

وَكَـذَا البـاقِلَّاءُ فِـي قشـرِهِ، والأرزُّ، والسِّمْسِـمُ، وَكَـذَا اللّـوزُ، والفسـتقُ، والجوزُ فِي قشرِها الأوّلِ.

وأجيب عنه: بأنه مجري على إطلاقه، فيكون دليلاً على ما نحن فيه باعتبار مفهوم الغاية.

وأما العقل: فلأنه مال متقوم فينتفع به فيجوز بيعه في قشره كالشعير والذرة، وبيع تراب الصّاغة إنما [٢١/ب] لا يجوز إذا بيع بجنسه؛ لاحتمال الربا حتى إذا بيع بخلاف جنسه.. جاز، والغالب في السنبلة: الحنطة، ألا ترى أنه يقال: هذه حنطة، وهي في سنبلها، ولا يقال: هذا حب أو بذر أو لبن أو زيت وهي في القطن والبطيخ والضرع والزيتون.

(**وكذا**) أي يجوز بيع (**الباقلاء**) بالمدّ وتخفيف اللام على ما في «الصّحاح»، فعلى هذا: الأولى تأنيث ضمير (**في قشره**)، وكذا الأولى: أن يقيد القشر بالأوّل؛ لأن جوازه في قشرها الثاني يعلم منه بطريق الأولى؛ لأنه اتفاقي، وخلاف الشافعي إنما هو في قشرها الأول.

(**والأرز والسمسم، وكذا اللوز والفستق والجوز في قشرها الأول**).

قال الشافعي: لا يجوز ذلك في كلّها في قشرها الأوّل؛ لأن المعقود عليه مستور بما لا منفعة له.

ولنا: ما ذكرناه من حديث مسلم؛ لأن مفهوم الغاية حجة عندنا أيضاً.

أو نقول: إن الغاية من قبيل الإشارة لا المفهوم، على ما في «البدائع»، بخلاف بيع الحب في القطن، والنوى في التمر، والبذر في البطيخ؛ حيث لا يجوز؛ لما ذكرناه: من أنه لا يطلق عليها اسم الحب والنوى والبذر في هذه الحالة.. فلا يجوز بيعها، بخلاف مسألة الكتاب؛ فإنه يطلق عليها اسم الباقلاء والأرز وغيرها في القشر، فيجوز بيعها.

وبيع الدرَّة في بطن السمكة من قبيل النوى في التمر.

وَأُجْرَةُ الكَيْلِ وعَدِّ المَبِيعِ ووزنِهِ وذرعه على البَائِع.

وَأُجْرَةُ نَقْدِ الثّمنِ ووزنِهِ على المُشْتَرِي وَفِي بيعِ سلْعَةٍ بِثمنٍ سُلِّم هُوَ أَولاً.

وأما بيع الذهب والفضة في ترابهما.. فجائز إذا كان بخلاف جنسه، على ما في «البزازية».

(**وأجرة الكيل**) فيما إذا بيع مكايلة، (و) أجرة (**عدّ المبيع**) فيما بيع معاداً، (و) أجرة (**وزنه وذرعه**) فيما بيع موازنة ومذارعة: (**على البائع**)؛ لأن الكيل والعدّ والوزن والذرع في هذا البيع من تمام التسليم، وتسليم المبيع واجب على البائع فكذا تمامه؛ لأن ما لا يتم الواجب إلا به... فهو واجب.

(**وأجرة نقد الثمن**) ـ يقال: نقدت الدراهم نقداً: إذا نظرتها لتعرف جيدها من زيفها على ما في «المصباح» ـ (**ووزنه: على المشتري**).

أما الوزن: فلأن تسليم الثمن يجب عليه، وذلك لا يتحقق إلّا بالوزن.

وأما نقده: فعلى رواية ابن سماعة عن محمد، وعليه فتوى الصدر الشهيد: أنه يجب على المشتري؛ لأنه هو المختار إلى تسليم الجيّد المقدر من الثمن، والجودة إنما تعرف بالنقد كما يعرف القدر بالوزن.

وعلى رواية ابن رستم عن محمد: أنه يجب على البائع؛ لأن النقد بعد التسليم إلى البائع، فالبائع هو المختار إلى النقد، فيجب أجر ما قدره عليه، ويؤيد هذه الرواية: ما روي عن محمد: أن أجرة النقد على رب الدين بعد القبض، وقبله على المديون؛ لأن على المدين إيفاء حقه، فيكون أجرة التمييز عليه، وبعد القبض دخل في ضمان ربّ الدين، ويدعي [٢٢/أ] أنه خلاف حقه، فيكون تمييزه عليه.

وذكر في إجارة «البزازية»: لو ظهر نقد الصراف أن الدراهم زيوف.. رد الأجرة، وإن وجد زيوفاً.. فبقدره.

(**وفي بيع سلعة بثمن**) معجل (**سلم هو**) ـ أي الثمن ـ (**أو لا**)، فيقال للمشتري:

إِن لم يكن مُؤَجّلاً، وَفِي بيعِ سلْعَةٍ بسلعةٍ، أَو ثمنٍ بِثمنُ سلِّما مَعًا.

ادفع الثمن أولاً؛ لأن حق المشتري تعيّن في المبيع، فيقدّم دفع الثمن؛ لتعيّن حقّ البائع بالقبض؛ لكونه مما لا يتعيّن بالتعيين؛ تحقيقاً للمساواة في تعيين حق كلّ منهما، وفي المالية أيضاً؛ لأن الدين أنقص من العين.. فلا بد من تعيين الدّين بالقبض؛ ليساوي العين ويتخلص عن احتمال الربا.

هذا إذا كان المبيع حاضراً، ولو كان المبيع غائباً عن حضرتهما.. فللمشتري أن يمتنع عن تسليم الثمن حتى يحضر المبيع؛ ليتمكن من قبضه.

(**إن لم يكن مؤجلاً**)، وإلا.. فيتأخر الثمن إلى الأجل؛ لأن البائع أسقط حقه في الثمن بالتأجيل فيتأخر، وأما المشتري.. فلم يسقط حقه، فيأخذ المبيع قبل الثمن.

بخلاف المعجل؛ لأن البائع ثمة لم يسقط حقّه، فيلزم الربا بالتأخير، حتى لو أسقط حقه بالتأخير ترفيهاً للمشتري.. جاز، وإن لم يكن مؤجلاً، ولا يلزم الربا، كما في «القهستاني»: أنه لو باع مطلقاً عن ذكر الأجل، ثم أجل إلى أجل مجهول وأخر المطالبة بالثمن.. جاز.

(**وفي بيع سلعة بسلعة**) أي المقايضة (**أو ثمن بثمن**) أي الصرف (**سلِّما معاً**)؛ لاستوائهما في التعيين وعدمه، فلا يحتاج إلى تقديم أحدهما بالدفع، وقد ذكرنا ما يتعلق بالتسليم من قبل.

* * *

(بَابُ الخِيَارَاتِ)

(بَابُ الخِيَارَاتِ)

البيع تارة يكون لازماً، وأخرى غير لازم.

واللازم: ما لا خيار فيه.

وغير اللازم: ما فيه خيار.

ولما كان اللازم أقوى في كونه بيعاً.. قدمه على غيره، ثم قدم خيار الشرط؛ لأنه يمنع ابتداء الحكم، ثم خيار الرؤية؛ لأنه يمنع تمام الحكم، ثم خيار العيب؛ لأنه يمنع لزوم الحكم، وهو: خروج المبيع عن ملك البائع، وإنما كان عمل الخيار في الحكم دون السبب ـ وهو البيع ـ؛ لأن الأصل أن لا يدخل الخيار في البيع؛ لكونه في معنى القمار، ولكن لما جاء به السنة.. لم يكن بد من العمل به، فأعملناه في منع الحكم؛ تقليلاً لعمله مهما أمكن؛ لأن دخوله في السبب يستلزم الدخول في الحكم، بخلاف العكس.

واعلم: أن الموانع خمسة أقسام:

مانع يمنع انعقاد العلة، وهو: حرية المبيع، فلا ينعقد البيع؛ لأنه لا ينعقد إلّا في محلّه، ومحل البيع: المال، والحر ليس بمال.. فلا وجود للبيع أصلاً؛ كانقطاع الوَتَر يمنع أصل الرمي بعد القصد إليه.

ومانع يمنع تمام العلة، وهو: البيع [٢٢/ب] المضاف إلى مال الغير؛ كإصابة السهم بعد الرمي حائطاً فيرده عن سننه.

ومانع يمنع ابتداء الحكم بعد انعقاد العلة، وهو: خيار الشرط، يمنع ثبوت حكمه، وهو خروج المبيع عن ملكه، على مثال: استتار المرمي إليه بترس يمنع من إصابة السهم إليه.

ومانع يمنع من تمام الحكم بعد ثبوته؛ كخيار الرؤية للمشتري.

ومانع يمنع لزومه؛ كخيار العيب.

كذا ذكره بعض أهل الأصول.

وقال المحققون منهم: إن هذا التقسيم مبني على القول الضعيف، وهو جواز تخصيص العلة، والصحيح: أنه لا يجوز تخصيص العلة عندنا، بل عدم الحكم لعدم العلة، لا لوجود المانع من العمل.. ففي كل موضع عدم الحكم: فإنما هو لعدم العلة، فتخلف الحكم مع شرط الخيار في البيع.. إنما هو لعدم العلة، لا للمانع من تأثير العلة؛ لأن العلة هي البيع بلا خيار، لا البيع مع الخيار.

وأما قولهم: البيع بشرط الخيار علّة اسماً ومعنى.. مجاز أو مشاكلة؛ لقولهم: البيع الخالي عن الخيار علة اسماً ومعنى وحكماً؛ لأن الموجود فيه شرط العقد لا نفسها؛ لأن العلة لا تتم إلّا بالأوصاف الثلاثة: إضافة الحكم إليها، وتأثيرها فيه، وحصولها معه في الزمان.

وسموّها بالاعتبار الأول: علة اسماً.

وبالاعتبار الثاني: علّة معنى.

وبالاعتبار الثالث: علة معنى وحكماً. كذا في «التلويح».

ثم اعلم: أن الخيارات في البيع لا تنحصر في الثلاثة المذكورة، بل يزيد عليها ثلاثة عشر:

منها: خيار العين على ما سيأتي.

ومنها: خيار الكمية على ما قدّمناه في أوّل البيع.

ومنها: خيار الاستحقاق.

ومنها: خيار كشف الحال.

ومنها: خيار تفرق الصفقة بهلاك البعض قبل القبض.

صَحَّ خِيَارُ الشَّرْطِ لكلِّ منَ العَاقِدِينِ،

ومنها: خيار إجازة عقد الفضولي.

ومنها: خيار فوات الوصف المشروط المستحق بالعقد.

ومنها: خيار الغبن.

ومنها: خيار الخيانة.

ومنها: خيار عدم نقدِ الثمن.

(**صح خيار الشرط**) من إضافة المسبب إلى سببه؛ لأن الشرط سبب للخيار، ولو قال: «صح شرط الخيار» كما وقع في «الإصلاح».. لكان أولى؛ لأن الموصوف بالصحة هو الشرط لا الخيار.

ثم خيار الشرط على ثلاثة أنواع:

فاسد بالاتفاق، وهو: أن يقول: على أني بالخيار، أو على أني بالخيار أياماً، أو على أني بالخيار أبداً.

وجائز بالاتفاق، وهو: أن يقول: على أني بالخيار ثلاثة أيّام فما دونها.

ومختلف فيه، وهو: أن يقول على أني بالخيار شهراً أو شهرين على ما سيأتي بيانه.

(**لكل من العاقدين**) أي حال عقدهما أو بعده، لا قبله، على ما أشار إليه بالصيغة؛ فلو قال له: جعلتك بالخيار [٢٣/آ] في البيع الذي يعقده، ثم عقد بعده.. لم يكن له خيار، على ما صرح به في «التاتارخانية».

وأشار بإطلاقه: إلى أن خيار الشرط جارٍ في العقد الفاسد، كما في الصحيح، على ما صرح به في «الخلاصة».

وهل يثبت في سائر العقود التي تحتمل الفسخ؟

فقال في «الفصولين»: وأما الخيارات التي تثبت في عقود تحتمل الفسخ.. أنواع:

منها: خيار شرط، ورؤية، وعيب، وتعيين، وتفرق المعقود عليه بهلاك البعض قبل القبض والاستحقاق.

أما خيار الشرط: فيثبت في البيع الفاسد كما في الجائز، حتى لو باع قنا بألف درهم ورطل خمر بخيار قبضه وأعتقه.. لم يجز، لا نافذاً ولا موقوفاً، ولا يثبت في الصرف والسلم، حتى لو شرط الخيار في الصرف والسلم لأحدهما.. يبطل العقد ويثبت في القسمة؛ لأنها مبادلة كبيع.

ثم قال بعلامة «صق»: إن خيار الشرط يصح في ثمانية أشياء: في بيع، وإجارة، وقسمة، وصلح عن مال بعينه، أو بغير عينه، وكتابة، وخلع، وعتق على مال.

ولو شرط الخيار للمرأة والقن.. يصح عند أبي حنيفة.

ولو شرط للزوج والمولى.. لم يجز وفاقا.

ولو شرط للراهن.. جاز لا للمرتهن؛ إذ له نقض الرهن متى شاء بلا خيار.

ولو كفل بنفس أو مال وشرط الخيار للمكفول له وللكفيل.. جاز.

ولو استأجر بخيار له ثلاثة أيام.. جاز؛ كبيع.

فلو فسخ في الثالث.. هل يجب على المستأجر أجر يومين؟ والفتوى: على أنه لا يجب؛ لأنه لا يتمكن من الانتفاع بحكم الخيار؛ لأنه لو انتفع.. يبطل خياره.

ولو شرط إلى الليل، أو إلى وقت الظهر، أو إلى ثلاثة أيام.. فله الخيار في كل الليل ووقت الظهر وثلاثة أيام، ولا ينتهي ما لم يمض الغاية عند أبي حنيفة، وقالا: لا تدخل الغاية في الخيار.

ولا يصح خيار الشرط فيما لا يحتمل الفسخ؛ كالنكاح والطلاق والعتاق واليمين والنذور والإقرار والصرف والسلم والوكالة؛ فلو نكح أو طلق أو أعتق

وَلَهُمَا مَعاً، ثَلَاثَةَ أَيَّامٍ لَا أَكثَرَ،

وشرط الخيار.. يقع النكاح والطلاق والعتق، وبطل الشرط.

وفي «الخانية»: ابتداؤها التأجيل في البيع بثمن مؤجل بخيار الشرط: من وقت الشرط، لا من وقت العقد؛ سواء كان الخيار للبائع أو للمشتري أو للشفيع الطلب وقت العقد حيث علم، لا وقت السقوط.

ويطلب في بيع الفضولي وقت الإجازة، وفي البيع الفاسد: حين انقطاع الاسترداد، وفي الهبة بشرط العوض: روايتان، في رواية: يطلب عند القبض، وفي أخرى: عند العقد، وهو الصحيح.

(**ولهما معاً ثلاثة أيام**) [٢٣/ب] وما دونها بالاتفاق؛ كأن يقول أحدهما: على أني، أو كلاهما: على أنَّا بالخيار ثلاثة أيام، أو ما دونها؛ لما روي أن حبان بن منقذ بن عمرو الأنصاري كان يغبن في البياعات، فقال له النبي ﷺ: «إذا بايعت.. فقل: لا خلابة، ولي الخيار ثلاثة أيام»، وهذا الحديث يثبت جواز الخيار على غير العاقدين إليها على ما سيأتي.

فإن قيل: المذكور في الحديث هو المشتري، فكيف جاز للبائع؟

أجيب: بأنه بطريق الإشارة؛ حيث قال: «إذا بايعت» من باب المفاعلة، فيتناولها البائع والمشتري، ولأن البائع في معنى المشتري في المعنى المناط، فيلحق به دلالة.

(**لا أكثر**) عند أبي حنيفة وزفر والشافعي؛ لما روينا: أن ما ورد على خلاف القياس: يقتصر على مورده، وقد ورد ذلك في ثلاثة أيام.. فلا يتجاوز الأكثر.

وهل يلزم تعيين المدة حين العقد، أو لا يلزم؟

قلت: قد صرّح في «الفصولين» وغيره: أنه لو باعه بخيار الشرط ولم يبين المدة.. فسد البيع وفاقاً.

فإن قيل: قد صرح في «فتح القدير»: لو قال له: أنت بالخيار. فله خيار المجلس فقط.

إِلَّا إِنْ أَجَازَ فِي الثَّلَاثَةِ.

فالجواب: أنه قد صرح في «الخلاصة»: مسألة: «أنت بالخيار» أنه باع بلا خيار، ثم لقيه بعد مدة فقال له: أنت بالخيار.. فله الخيار ما دام في المجلس، بمنزلة قوله: لك الإقالة.

بخلاف ما إذا أطلقا وقت العقد؛ بأن قال: وقت العقد: أنت بالخيار مقارناً بالعقد.

(**إلا إن أجاز**) البيع (**في الثلاثة**)؛ لأنه بالإجازة في الثلاثة.. أسقط المفسد قبل تقرره؛ أي: قبل مضي ثلاثة أيام، فينقلب جائزاً؛ كما إذا باع بالرقم وأعلمه المشتري في المجلس، ولأنه أزال المفسد قبل اتصاله بالعقد وهو اليوم الرابع.

ولهذا قيل: إن العقد يفسد بمضي جزء من اليوم الرابع، وفيه خلاف زفر؛ حيث قال: إنه لما انعقد فاسداً.. لا ينقلب جائزاً، إلا أن البقاء على وفق الثبوت، فكان كمن باع الدرهم بالدرهمين، إذا اشترى عبداً بألف ورطل خمر، ثم أسقط الدرهم الزائد وأبطل الخمر، وكمن تزوج امرأة وتحته أربع نسوة، ثم طلق الرابعة.. لا يحكم بصحة نكاح الخامسة.

والجواب: أنه أسقط المفسد قبل تقرره، فينقلب جائزاً، بخلاف ما ذكره من المسائل؛ فإن المفسد تقرر فيها ابتداء.

واعلم: أن مشايخنا اختلفوا في هذا العقد في الابتداء على قول أبي حنيفة:

فذهب العراقيون: إلى أنه ينعقد فاسداً، ثم ينقلب صحيحاً، بخلاف خيار الشرط قبل اليوم الرابع، وهو ظاهر الرواية.

وذهب أهل خراسان: إلى أنه [٢٤/أ] موقوف؛ فإذا مضى جزء من اليوم الرابع.. فسد، فتعليلهم «بأنه أسقط المفسد قبل تقرره فينقلب جائزاً»: إشارة إلى مذهب العراقيين، وتعليلهم «بأنه أزال المفسد قبل اتصاله بالعقد»: إشارة إلى مذهب أهل خراسان.

وَعِنْدَهُمَا: يجوزُ إِنْ بَيَّنَ مُدَّةً مَعْلُومَةً، أَيَّةَ مُدَّةٍ كَانَت.

وفي «الخانية»: فإذا أسقط الخيار في الأيام الثلاث، أو أعتق العبد، أو مات العبد أو المشتري، أو أحدث به ما يوجب لزوم البيع.. ينقلب البيع جائزاً في قول أبي حنيفة ويلزمه الثمن، وإن حدث عند المشتري في الأيام الثلاثة عيب؛ إن كان عيباً يحتمل زواله في مدة الخيار؛ كالمريض.. لا يبطل خياره، إلا أنه لا يملك الرد قبل زوال العيب، وإن حدث به ما لا يحتمل الزوال.. لزمه البيع.

(وعندهما: يجوز) في الأكثر، وهو مختار ابن أبي ليلى، لكنه لا مطلقاً، بل **(إن بين مدة معلومة، أيّة مدة كانت)**؛ من شهر أو شهرين أو غيرهما؛ لحديث ابن عمر رضي الله عنهما: أنه أجاز البيع إلى شهرين، ولأن الخيار إنما شرع للحاجة إلى التردي؛ ليندفع الغبن، وقد فسر الحاجة إلى الأكثر، فصار كالتأجيل في الثمن؛ فإنه جائز؛ قليلاً كانت المدة أو كثيراً للحاجة.

والجواب عنه: أن حديث حبان مشهور مرفوع، فلا يعارضه حكاية حال ابن عمر.

سلمّنا تساويهما، لكن المذكور في حديث ابن عمر مطلق الخيار، فيجوز أن يراد به خيار الرؤية، وخيار العيب.

ولا نسلم أن المدة الكثيرة كالقليلة في الحاجة؛ فإن صاحب الحادثة كان مصاباً في الرأس فكان أحوج إلى الزيادة، فلو جازت.. كان صاحب الحادثة أولى بها، لكنه قدر له ثلاثة أيام على ما رويناه، فدل: أن المقدر لنفي الزيادة.

سلّمناه، لكن في الكثير سبب الغرر أزيد، فيزداد نفس الغرر وهو الجهل بالعاقبة بازدياد سببه، وهو تعليق نفاذ العقد بالقبول فيفسد العقد، والقياس على التأجيل في الثمن فاسد للفارق؛ لأن الأجل يشترط للقدرة على الأداء، وهي إنما تكون بالكسب، وهو لا يحصل في كل مدّة؛ فقد يحتاج إلى مدة طويلة، وإن لم يبين مدة معلومة بل شرط الخيار أبداً أو مطلقاً أو مؤقتاً بوقت مجهول.. فسد البيع بالإجماع. كذا في «البحر» نقلاً عن «المعراج».

وَإِنِ اشْترى على أَنَّه إِن لـَمْ ينْقدِ الثّمنَ إِلَى ثَلاثَةِ أَيَّام فَلَا بيعَ.. صَحَّ، ....

(**وإن اشترى على أنه إن لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام فلا بيع.. صحّ**) البيع والشرط عند الثلاث؛ لأن هذا شرط في معنى شرط الخيار من حيث مساس الحاجة إليه، فيلحق به استحساناً؛ لأن الحاجة قد تمس إلى الانفساخ عند عدم النقد، تحرزاً عن المماطلة في الفسخ.

فإن قيل: لا نسلم [٢٤/ب] أنه في معنى شرط الخيار؛ لأن هناك لو سكت حتى مضي المدّة.. تمَّ العقد، وههنا لو سكت حتى مضي المدة.. بطل.

قلنا: إن النظر في الإلحاق إنما هو إلى المعنى المناط، وهو الحاجة ههنا، وهي موجودة، ولا عبرة بالزيادة عليه.

وقال زفر: لا يصح البيع المذكور، وهو القياس؛ مستدلاً بأنه بيع شرط فيه إقالة فاسدة لتعلقها بالشرط، وهو عدم النقد، واشتراط صحيح الإقالة في البيع مفسد؛ لكونه على خلاف العقد، فاشتراط فاسدها: أولى أن يفسد.

والجواب: أنا تركنا القياس بالاستحسان كما ترى.

واعلم: أنهم اختلفوا في أن المشتري إن لم ينقد الثمن في المدة المضروبة ـ وهو الثلاث ـ هل ينفسخ البيع أو يفسد؟

ففي «البحر»: إنه ينفسخ؛ معللاً بقوله: فلا بيع بيننا، ثم نقل عن «المحيط»: إنه ينفسخ إن لم ينقد، وفي «النوادر»: يجعل البيع فاسداً بمضي ثلاثة أيام متى ترك النقد، لا منفسخاً؛ لأن قوله: «إن لم أنقد إلى ثلاثة أيام فلا بيع بيننا» توقيت للبيع، وليس بفسخ له نصّاً، فمتى ترك النقد في الثلاثة.. صار كأنه قال: بعتك هذا إلى ثلاثة أيام، فيكون توقيتاً للبيع، فيفسد؛ لأنه بمنزلة الشرط الفاسد، واختاره في «الفوائد الظهيرية»؛ حيث قال: إن لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام.. يفسد البيع ولا ينفسخ، حتى

لو كان المبيع عبداً وأعتقه المشتري بعد الثلاث وهو في يده.. نفذ؛ لكونه مالكاً بالقبض، لا إن كان في يد البائع.

وفي «الخانية»: قيل: ينفسخ، والصحيح: أنه يفسد ولا ينفسخ، حتى لو عتقه المشتري بعد الثلاث.. نفذ عتقه إن كان في يده، وعليه قيمته، لا إن كان في يد البائع.

فثمرة الخلاف: في أن عتق المشتري بعد الثلاث إن لم ينقد الثمن في الثلاث نافذاً إن كان في يده، على القول بفساد البيع، لا على القول بانفساخه؛ لأنه مالك له بالقبض في البيع الفاسد، لا في الانفساخ.

وأما عتقه في الثلاث ولم ينقد فيه.. فنافذ على القولين، ويلزمه الثمن.

وكذا بيعه في الثلاث ولم ينقد الثمن فيه على ما صرح في «البحر»؛ لأن هذا بمنزلة خيار الشرط.

ولو أعتقه أو باعه المشتري في خيار الشرط.. يلزم البيع، فكذا هذا.

ثم الخيار المذكور ـ وهو المسمّى عندهم بخيار النقد في مسألة الكتاب ـ للمشتري، وقد يكون للبائع أيضاً؛ كما قال في «الذخيرة»: إذا باع عبداً أو نقد الثمن على أن البائع إن رد الثمن إلى ثلاثة أيام، فلا بيع بينهما.. كان جائزاً، وهو بمعنى شرط الخيار للبائع. انتهى.

كذا ذكره في «البحر»، [٢٥/أ] ثم فرّع عليه بقوله: فإن أعتقه البائع.. صح إعتاقه، وإن أعتقه المشتري.. لا يصح.

ثم وجه كون الخيار للمشتري ـ في مسألة الكتاب مع أن المنتفع بالشرط المذكور هو البائع ـ باعتبار أن المشتري متمكن بإمضاء البيع بالنقد، ومن فسخه بعدم النقد، وفي مسألة «الذخيرة»: كان الخيار للبائع، مع أن المنتفع بالشرط هو

وَإِلَى أَرْبَعَةِ أَيَّامٍ.. لَا، إِلّا أَن يَنْقدَ فِي الثَّلَاثَة.

وَعند مُحَمَّدٍ: يجوزُ إِلَى أَرْبَعَةٍ وَأَكْثَرَ.

المشتري، باعتبار أن البائع متمكن من الفسخ برد الثمن في المدة، ومن الإمضاء بعدم الرد.

قال في «النهر الفائق»: إن خيار النقد ينبغي إثباته في الإجارة أيضاً للمستأجر وللمؤجر، وذلك إذا عجلت الأجرة؛ كقوله: استأجرت منك هذه الدار سنة بأجرة معجلة وهي كذا، على أني إن لم أرد إليك الأجرة إلى ثلاثة أيام.

فلا إجارة بيننا.

وكذا لو نقد إليه الأجرة على أن المؤجر إن رد إليه الأجرة إلى ثلاثة أيام فلا إجارة بينهما.

قال: وهذا من النفقة.

(**وإلى أربعة أيام لا**) يصح عند أبي حنيفة وأبي يوسف، (**إلا أن ينقد الثمن في الثلاثة.**

وعند محمد: يجوز إلى أربعة وأكثر) إن بين المدة.

اعلم: أنّ أبا حنيفة مرّ ههنا على أصله في الملحق به، وهو شرط الخيار ونفي الزيادة على الثلاث، وكذا محمد في تجويز الزيادة، وأبو يوسف احتاج إلى الفرق بين الملحق والملحق به في جواز الزيادة في الملحق به دون الملحق، فأخذ في الأصل ما روينا من حديث ابن عمر رضي الله عنهما وفي الفرع بالقياس: أن لا يجوز التعليق، إلا أنا تركناه بالأثر في الأصل، ولم يوجد في الملحق.. فبقي على الأصل.

ثم اعلم أن مسألة خيار النقد على أربع احتمالات:

اثنان فاسدان بالاتفاق، وهو أنه لو قال: على أنه إن لم ينقد الثمن، أو قال: على أنه لم ينقد الثمن أياماً فلا بيع.

وَخيَارُ البَائِعِ يمْنَعُ خُرُوجَ المَبِيع عَن ملكه، ....

ــــــــــــــــــــــــــــــ

وواحد منها صحيح باتفاق الثلاث؛ خلافاً لزفر وهو المسألة الأولى من الكتاب.

وواحد منها على الخلاف وهو هذه المسألة من الكتاب.

وبعض مشايخنا ذكر ههنا مسألة بيع الوفاء، مع ما فيه من أقوال شتى؛ لمناسبته مسألة خيار النقد.

وذكره الإمام الرازي في البيع الفاسد، ونحن نذكره ثمة؛ لأنه أشد مناسبة له.

ولما ذكر أن خيار الشرط [٢٥/ب] قد يكون لأحد العاقدين، وقد يكون لهما معاً.. أراد أن يذكر على ما يترتب على خيار كل منهما فقال: (**وخيار البائع يمنع خروج المبيع عن ملكه**) بالاتفاق، ولا يمنع خروج الثمن عن ملك المشتري بالاتفاق.

أما الأوّل: فلأن العلة لا تتم إلا بالمراضاة؛ لكون الرضا داخلاً في حقيقتها، ولا تتم المراضاة بالخيار؛ لأن البيع به يصير علة اسماً ومعنى، لا حكماً، على ما قدّمناه، فمنع ابتداء الحكم وهو الملك، فيبقى على ملك صاحبه، ولهذا ينفذ عتقه، ولا يملك المشتري التصرف فيه بالبيع والهبة والعتق، وإن قبضه بإذن البائع.

وأما الثاني: فلأن البيع لازم من جهته، قال في «البحر»: إن الخيار إذا كان للبائع، ثم أجازه.. فالملك للمشتري مقتصراً على وقت الإجازة، ولا يستند إلى وقت العقد؛ مستدلاً بما ذكره في «الخانية»: رجل اشترى ابنه من رجل على أن البائع بالخيار، ثم مات المشتري فأجاز البائع.. عتق الابن، ولا يرث أباه. انتهى.

فعدم إرثه دليل على الاقتصار، ولكن عتقه يدل على الإسناد، وإلا.. لم يعتق. انتهى.

فَإِنْ قَبَضَهُ الْمُشْتَرِي فَهَلَكَ.. لزمَه قِيمَتُه.

وفي «المعراج»: إن السبب المنعقد في الأصل يسري إلى الزوائد؛ متصلة أو منفصلة؛ إذا أجيز البيع؛ لكونه محلاً له عند وجود الشرط، فكما ثبت الحكم في الأصل.. ثبت في الزوائد أيضاً. انتهى.

يعني: أنّ الأصل وإن بقي على ملك من له الخيار.. لا يملك الزوائد إذا أجيز البيع.

وفي «الخانية»: إن الأولاد والأكساب فيما إذا كان الخيار للبايع تدور مع الأصل؛ فإن أجيز.. كانت للمشتري، وإن فسخ.. كانت للبايع.

وإن كان الخيار للمشتري فحدثت عند البائع.. فكذا الجواب.

وإن حدثت عند المشتري.. كانت له، تم البيع أو انتقص؟

قيل: هذا قولهما؛ أما على قوله.. فهي دائرة مع الأصل، ولا يخفى عليك أن هذا مع ما في «المعراج» يقتضي الاستناد إلى وقت البيع، لا الاقتصار على وقت الإجازة، وبه صرح في «الزيلعي».

ووفق في «النهر» بينه وبين ما مر من «الخانية» بقوله: وإنما لم يستند الإرث؛ لأن العقد لا يصح أن يكون سبباً له؛ إذ سببه إنما هو القرابة، فلا يستند إلى وقت العقد.

(**فإن قبضه المشتري فهلك**) في يده في مدة الخيار (.. **لزمه قيمته**) في القيمي ومثله في المثلي؛ لأن البيع ينفسخ بالهلاكِ لفوات المحلّ بهلاك المعقود عليه قبل تمام العقد، والمنفسخ بالهلاك مضمون بالقيمة في القيمي، وبالمثل في المثلي ما لم ينقطع المثل؛ لأنه الأصل في الضمانات الثابتة بالعقد، وإنما يتحول إلى الثمن عند تمام الرضاء [٢٦/أ]، ولم يوجد بالخيار، فصار كالمقبوض على سوم الشراء فهلك في يده؛ فإنه مضمون بالقيمة إذا كان الثمن مسمّى؛ بأن قال: اذهب إن رضيته اشتريته بعشرة، فذهب فهلك.. فإنه ضمن قيمته لا ثمنه.

وأما لو لم يسمّ الثمن.. فإنه لا يضمن أصلاً؛ لأن المقبوض على سوم الشراء لا بد من تسمية الثمن فيه على ما سنبيّنه.

ولو هلك بعد مدة الخيار.. لزمه الثمن لا القيمة؛ لتمام الرضاء.

ولو هلك في يد البائع قبل قبض المشتري.. ففيه تفصيل ذكره في «الخلاصة» نقلاً عن «شرح الطحاوي»؛ حيث قال: هلاك المعقود عليه قبل القبض؛ إن كان بآفة سماوية أو بفعل البائع أو بفعل المعقود عليه بأن كان المعقود عليه حيواناً فقتل نفسه.. فالبيع يبطل في هذا كله.

أما إذا كان الهلاك بآفة سماوية أو بفعل المعقود عليه.. فلا يشكل.

وكذلك إذا كان بفعل البايع؛ لأن المبيع في يده مضمون بالثمن قبل القبض؛ بدلالة أنه لو هلك.. سقط ثمنه عن المشتري، ولا يجوز أن يكون مضموناً بالقيمة، ويستوي في ذلك أن يكون البيع باتاً، أو بشرط الخيار للمشتري، أو للبايع. انتهى.

قيده بالهلاك؛ حيث قال: «فهلك»؛ لأنه لو تعيب في يد المشتري.. فالبايع على خياره من يوم القبض إن كان قيمياً، وإن كان مثلياً ليس له أن يضمنه نقصانه؛ لشبهة الربا. كذا في «البحر الرائق» نقلاً عن «السراج».

لكنه قال في «القنية»: إن المقبوض على سوم الشراء يضمن بالقيمة، وإن كان من ذوات الأمثال.. فله أن يلزمه البيع إن شاء، وإن شاء.. فسخ وضمنه النقصان.

ولو تعيب في يد البائع بغير فعله.. فالمشتري على خياره؛ إن شاء.. أخذه بجميع الثمن، وإن شاء.. فسخ.

ولو تعيب بفعله.. ينتقض البيع فيه بقدره؛ لأن ما يحدث بفعله يكون مضموناً عليه، وتسقط حصته من الثمن.

اعلم: أن المقبوض على سوم الشراء إنما يكون مضموناً بقيمته إذا كان الثمن مسمّى.

نصّ عليه الفقيه أبو الليث في «العيون»؛ فإنه ذكره، وقال: اذهب بهذا الثوب فإن رضيته اشتريته فذهب به وهلك.. لا يضمن، وقال إن رضيته اشتريته بعشرة فذهب به فهلك.. ضمن قيمته، وعليه الفتوى.كذا في «الظهيرية» و«الخلاصة» نقلاً عن «الفتاوى».

ثم قال في «الخلاصة» نقلاً عن «فتاوى القاضي الإمام»: رجل ساوم رجلاً بقدح، فقال لصاحب القدح: ارم إلي، فدفع إليه فوقع من يده على أقداح فانكسرت.. لا يضمن القابض المدفوع إليه؛ لأنه قبضه على سوم الشراء [٢٦/ب] من غير بيان الثمن.. فلا يضمن، وعليه ضمان الأقداح التي انكسرت بفعله.

ثم قال: والمقبوض على سوم الشراء لا يكون مضموناً إلّا بعد بيان الثمن في ظاهر الرواية، فعلم منه: أنّه يضمن مطلقاً في غير ظاهر الرواية.

وعلى ظاهر الرواية: هل يكفي ذكره من جانبِ البائع وحده، أو لا بد من ذكره في جانب المشتري أيضاً؟

فذكر الطرسوسي في «أنفع الوسائل»: أنّ المراد بذكر الثمن في المقبوض على سوم الشراء: ذكره من جانب المشتري، لا من جانب البائع وحده، واستدلّ عليه بمسألة «القنية»، قال فيها عن أبي حنيفة: قال له: هذا الثوب لك بعشرة دراهم، فقال: هاته حتى انظر إليه، أو قال حتى أريه غيري، فأخذه على هذا، وضاع منه.. فلا شيء عليه.

ولو قال: هاته حتى أريه غيري فأخذه على هذا، وضاع منه.. فلا شيء عليه.

ولو قال: هاته؛ فإن رضيته أخذته بعشرة، فضاع.. فهو على ذلك الثمن.

ثم قال فيها: أخذ منه ثوباً وقال: إن رضيته اشتريته، فضاع.. فلا شيء عليه.

ولو قال: إن رضيته أخذته بعشرة.. فعليه قيمته.

ولو قال صاحب الثوب: هو بعشرة، فقال المساوم: هاته حتى انظر إليه، فقبضه على ذلك فضاع.. لا يلزمه شيء؛ لأنه أخذه على وجه النظر.

فظهر من هذه المسائل: أن المراد: ذكر الثمن من جهة المساوم لا من جهة البائع فقط؛ حيث لم يجعل ذكر البائع وحده موجباً للضمان.

قالوا: وهذا من الطرسوسي خطأ؛ لأن بيان الثمن من جهة البائع وحده إذا أخذه المساوم بعده على ذلك الوجه.. يكفي في الضمان المقبوض على سوم الشراء، ومنشأ غلطه: عدم الفرق بين المقبوض على سوم الشراء، وبينه على سوم النظر.

وما في «القنية»: في المقبوض: على وجه النظر، لا على وجه الشراء، على ما هو الظاهر من المسائل المذكورة من «القنية».

كيف وقد صرّح به في تعليل المسألة الأخيرة كما ترى.

ويدل على الفرق المذكور: ما ذكره في «التاتارخانية» برجل طلب من رجل ثوباً ليشتري، فأعطاه البائع ثلاثة أثواب، فقال: هذا بعشرة، وهذا بعشرين، وهذا بثلاثين، فاحمل الثياب إلى منزلك؛ فأي ثوب ترضى: بعته منك، فحمل الثياب فاحترقت الثياب عند المشتري، قال الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل: إن هلك الكل جملة أو على التعاقب، ولا يدرى الذي هلك أولاً والذي بعده.. ضمن المشتري ثلث ثمن كل ثوب، وإن عرف الأول.. لزمه ثمن ذلك الثوب، والثوبان أمانة عنده [٢٧/أ].

وإن هلك الثوبان وبقي الثالث.. فإنه يرد الثالث؛ لأنه أمانة عنده، وأما الثوبان.. يلزمه نصف ثمن كل ثوب منهما إذا كان لا يعلم أيّهما هلك أوّلاً.

وإن هلك واحد وبقي ثوبان.. يلزمه ثمن الهالك ويرد الثوبين.

وإن احترق الثوبان وبعض الثالث ثلثه أو ربعه، ولا يعلم أيهما احترق أولاً.. يرد ما بقي من الثالث، ولا يلزم نقصان الحرق بقدره، ويلزمه نصف ثمن كل واحد منهما. انتهى.

فهذا صريح في أن تسمية الثمن من البائع يكفي في ضمان المقبوض على سوم الشراء.

ثم المقبوض على سوم الشراء مضمون بعد تسمية الثمن وإذا شرط المشتري؛ إذ لا ضمان عليه، على ما صرح به في «البحر» و«النهر».

والوكيل بالشراء هل هو مثل المشتري في القبض على سوم الشراء؟

ففي «الخانية»: الوكيل بالشراء إذا أخذ الثوب على سوم الشراء فأداه الموكل، فلم يرض الموكل وردّه عليه فهلك عند الوكيل.. قال الشيخ الإمام محمد بن الفضل: ضمن الوكيل قيمته، ولا يرجع بها على الموكل، إلا أن يأمره الموكل بالأخذ على سوم الشراء.. فحينئذٍ إذا ضمن الوكيل.. يرجع على الموكل. انتهى.

فعلم منه: أن الوكيل بالشراء كالمشتري في القبض على سوم الشراء في وجوب الضمان عليه.

وأما مقبوض الرسول.. ففي «الخلاصة» نقلاً عن «المنتقى»: لو أن رجلاً بعث رسولاً إلى بزاز أن ابعث إليَّ بثوب كذا، فبعث إليه البزاز مع رسوله أو مع غيره، فضاع الثوب قبل أن يصل إلى الآمر، وتصادقوا على ذلك.. لا ضمان على الرسول.

وبعد ذلك: إن كان الرسول رسول الآمر.. فالضمان على الآمر، وإن كان رسول رب الثوب.. لا ضمان على الآمر حتى يصل إليه.

فإذا وصل إليه الثوب.. فهو ضامن.

وَخيَارُ المُشْتَرِي لَا يمْنَعُ، فَإِنْ هلكَ فِي يَدِهِ.. لزمَ الثّمنُ، وَكَذَا لَو تعيَّبَ،

ألا ترى أن رجلاً لو أرسل رسولاً إلى رجل فقال: ابعث إلي بصرة دراهم قرضاً، فبعث بها مع رسوله.. فالآمر ضامن لها إذا أقرَّ بأن رسوله قد قبضها؛ فإن بعث بها مع غيره.. لا ضمان على الآمر حتى يصل إليه.

وكذا لو كان له على رجل دين فبعث إليه رسولاً: أن ابعث إليّ بالدين الذي لي عليك؛ فإن بعث إليه مع رسول الآمر.. فهو من مال الآمر، وإن بعث إليه مع رسوله.. فهو من مال المديون.

وقول الدائن: ابعث بهما مع فلان.. ليس برسالة؛ فإذا هلك.. هلك على المديون.

بخلاف قوله: ادفعها لفلان؛ فإنه إرسال؛ فإذا هلك.. هلك على الدائن كذا في وكالة «الأشباه».

(وخيار المشتري لا يمنع) خروج المبيع عن ملك البائع، ويمنع [٢٧/ب] خروج الثمن عن ملكه بالاتفاق كما مر في عديله.

وعلم من هنا: أن الخيار إذا كان لهما.. لم يخرج المبيع عن ملك البائع، والثمن عن ملك المشتري.

(فإن هلك) المبيع في مدة الخيار أو بعدها (في يده.. لزم الثمن)؛ فإن الهلاك لا يخلو عن مقدمة عيب، وقد تقرر أن المبيع إذا دخله عيب.. يمتنع الرد، وإذا امتنع.. لزم العقد، فيلزم الثمن المسمى.

بخلاف ما إذا كان الخيار للبائع؛ لأن الخيار إذا كان له.. يهلك المبيع والبيع موقوف غير لازم.. فيلزمه القيمة.

(وكذا) أي: لزمه الثمن (لو تعيّب) في يد المشتري؛ لما ذكرناه.

والمراد: عيب لا يرتفع؛ كقطع اليد، وإن كان يرتفع كالمرض.. فهو على خياره؛ فإن لم يرتفع في المدة.. لزم العقد؛ لامتناع الرد عليه.

وإنما امتنع الرد بالعيب؛ لأنه صار ممسكاً ببعضه؛ فلو ردّه.. لزم تفرق الصفقة على البائع قبل الإتمام، وذا لا يجوز.

أطلق «التعيب» فشمل لما عيبه المشتري، أو لما عيبه الأجنبي، وبآفة سماوية، وبفعل المبيع نفسه، كذا في «البحر».

ولم يذكر حكم الزيادة في المبيع في يد المشتري في مدة الخيار، ولا بدّ منه.. فاعلم: أن الزيادة لا تخلو؛ إما إن كانت متصلة، أو منفصلة، وكل واحد منهما على وجهين.

إما أن تكون متصلة متولدة من الأصل؛ كالكبر والسمن والجماد.

أو غير متولدة؛ كالصبغ في الثوب، والسمن في السويق، والبناء في الساحة.

والمنفصلة المتولدة من الأصل: كالولد والعقر والأرش والتمر والصوف.

وغير المتولدة من الأصل: كالكسب والغلة والهبة والصدقة.

فإن كانت الزيادة متصلة متولدة من الأصل.. فإنها لا تمنع الرد والفسخ، فلا يلزمه الثمن، بل على خياره.

وإن كانت متصلة غير متولدة.. فإنه ينقطع حق البائع لحق المشتري، فيلزمه الثمن، إلا أن يرضى فسخه وردّه إسقاطاً لحقه فيردّه، إلا إن كانت تلك الزيادة عيباً.

وإن كانت الزيادة منفصلة متولدة من الأصل كالولد.. له أن يردهما جميعاً، ولا يلزمه الثمن، ولو هلكت هذه الزيادة في يد المشتري.. لا يضمن، ويغرم نقصان الولادة، ولو استهلكها المشتري.. يضمن، ولو هلك المبيع والزيادة قائمة.. فللبايع أن يسترد الزيادة ويأخذ من المشتري قيمة المبيع وقت القبض.

ولو كانت الزيادة منفصلة غير متولدة كالهبة.. فللبايع أن يسترد المبيع مع هذه الزيادة إن ردّه المشتري، ولا يلزمه الثمن، ولو هلكت الزيادة في يد المشتري.. لا يضمن، وإن استهلكها.. فكذلك [٢٨/أ] عند أبي حنيفة، وعندهما: يضمن.

إِلّا أَنه لَا يدْخُل فِي مِلْكِ المُشْتَرِي، خلافاً لَهما.

ولو استهلك المبيع والزوائد قائمة في يد المشتري.. تقرّر عليه ضمان المبيع، وبقيت الزوائد للمشتري.

بخلاف الزوائد المتوّلدة. هذا حكم الزيادة.

وأما حكم النقصان: فإذا انتقص المبيع في يد المشتري؛ إن كان النقصان بآفة سماويّة.. فللبائع أن يأخذه مع أرش النقصان، وكذا إذا كان النقصان بفعل المشتري، أو بفعل المعقود عليه.

وإن كان بفعل الأجنبي.. فالبائع بالخيار في الأرش؛ إن شاء.. أخذه من الجاني، والجاني لا يرجع على المشتري، وإن شاء.. اتبع المشتري، والمشتري يرجع على الجاني؛ كما في الغصب. كذا في «الخلاصة».

(**إلا أنّه**) أي المبيع الخارج عن البائع (**لا يدخل في ملك المشتري**).

وكذا لا يدخل الثمن الخارج عن يد المشتري في ملك البائع عند أبي حنيفة.

(**خلافاً لهما**)؛ لأن أحد البدلين لما خرج عن ملكه فلو لم يدخل في ملك الآخر.. يكون زائلاً لا إلى مالك، ولا أصل له في الشرع.

ولأبي حنيفة: أنه لما خرج أحد البدلين عن ملكه؛ فلو دخل الآخر الخارج عن يد صاحبه في ملكه.. لزم اجتماع البدلين في ملك شخص واحد، ولا أصل له أيضاً في الشرع، بخلاف المدبر إذا غصبه وضمن قيمته لصاحبه؛ فإنه يملك الضمان، ولم يخرج المدبر عن ملكه أيضاً؛ لأنه ضمان جناية، وكلامنا ليس فيه، والترجيح معه؛ لأن الخيار شرع نظراً له لينظر فيه أنه هل يوافق غرضه أو لا؛ فلو دخل في ملكه.. ربما يفوت ذلك؛ كما إذا اشترى قريبه؛ لأنه يعتق عليه فيعود على موضعه بالنقص، وزوالُ ملكٍ عن يد مالك لا إلى مالك من العباد واقعٌ في الشرع؛ كعبيد الكعبة وسائر الأوقاف يخرجون عن ملاكهم، ولا يدخلون في ملك أحد عند الشراء للكعبة

فَلَو اشْترى زَوجتَه بِالْخِيَارِ.. لَا يفْسدُ النِّكَاحُ، وَإِنْ وَطئهَا.. فَلهُ ردُّهَا، لِأَنَّهُ بِالنِّكَاحِ، إِلَّا فِي البكر.

وَلَو ولدَتْ فِي مدَّتِهِ.. لَا تصيرُ أَمَّ وَلَده.

والوقف؛ فإن متولي الوقف إذا اشترى شيئاً للوقف.. يخرج عن ملك صاحبه، ولا يدخل في ملك أحد، وكونه في الوقف لا يضر في التنظير.

ثم ذكر فروعاً على أصل أبي حنيفة:

أحدها: قوله: (**فلو اشترى زوجته بالخيار**) ثلاثة أيام (.. **لا يفسد النكاح**) عنده؛ لما مر: أنّ خيار المشتري يمنع دخول المبيع في ملكه.

والثاني: قوله: (**وإن وطئها**) في مدّة الخيار (.. **فله ردّها**) على البايع؛ (**لأنه**) أي الوطء (**بالنكاح**)؛ لعدم فساده لا يملك اليمين؛ لعدم دخولها في ملكه، فلا يسقط الخيار؛ (**إلّا في البكر**) فإن وطء البكر في المدة يسقط الخيار لإيراثها النقصان بالعيب، فلا يملك ردّها هذا في زوجته؛ لأن المشتراة إن لم تكن زوجته.. لا يفصل فيه بين كونها [٢٨/ب] بكراً أو ثيباً في أنّه يكون مختاراً للبيع بالوطء والجماع؛ سواء نقصها الوطء أو لم ينقصها، على ما في «الكفاية».

والثالث: قوله: (**ولو ولدت**) يعني: اشترى زوجته بالخيار وهي حبلى منه، وولدت في يد البائع قبل قبض المشتري (**في مدته.. لا تصير أمّ ولده**)؛ لعدم دخوله في ملكه عنده، فيملك الردّ لبقاء الخيار.

وكذا لو اشتراها بالخيار بعد الولادة منه في يد البائع.. لا تصير أمّ ولد له في مدّة الخيار، على ما في «النهاية».

وإنما قلنا: قبل القبض؛ لما في «النهاية»: إنه إذا اشترى منكوحته بشرط الخيار وقبضها، ثم ولدت في مدّة الخيار.. يلزم البيع بالاتّفاق، ويبطل خيار الشرط؛ لأن الولادة عيب في بني آدم، فلا يملك ردّها بعدما تعيب عنده بشرط الخيار، فصارت ملكاً للمشتري من حين العقد بطريق الاستناد، فالولادة وقعت في ملكه، فتصير أمّ

وَلَو اشْترى قَرِيبَه بِهِ، أَو عبداً بعدَ قَوْله: إِنْ ملكتُ عبداً فَهُوَ حر.. لَا يعتقان فِي مدَّته.

وَلَا يعدُّ حيضُ المُشْتَرَاةِ بِهِ فِي مدَّته منَ الِاسْتِبْرَاء، وَلَا اسْتِبْرَاءَ على البَائِعِ إِن رُدّت بِهِ.

وَلَو قبضَ المُشْتَرِي بِهِ المَبِيعَ بِإِذنِ البَائِعِ ثمّ أودَعهُ عِنْده فَهَلَك.. فَهُوَ....

ولد له، وبهذا يندفع ما قيل: إن الولادة نفسها ليست بعيب، بل سبب للعيب، والملك مع العيب، والولادة سابقة عليه؛ لكونها سبباً له، فيتقدم على ما معه أيضاً ـ أعني الملك ـ فلا تكون الولادة واقعة في ملكه، فلا تصير أمّ ولد له.

والرابع: قوله: (**ولو اشترى قريبه به**) أي بالخيار.

والخامس: قوله: (**أو**) اشترى (**عبداً بعد قوله: إن ملكت عبداً فهو حرّ.. لا يعتقان**) كلّ من القريب والعبد (**في مدته**)؛ لعدم دخولهما في ملكه عنده.

بخلاف ما إذا قال: إن اشتريت عبداً فهو حرّ؛ حيث يعتقان عليه؛ لأنه يصير كالمنشئ للعتق بعد الشراء؛ لأن المعلق بالشرط كالمُرسل عنده.

ولو أنشأ العتق بعد الشراء بالخيار.. عتق، فكذا هذا، وإنما لا يقع عن الكفارة إذا نوى عنها وقت الشراء؛ لأنه إنما جعل كالمنشئ له؛ لضرورة تصحيح قوله: «فهو حر»، فلا يتعدى إلى الوقوع عن الكفارة؛ لعدم الضرورة فيها.

والسادس: قوله: (**ولا يعد حيض**) الأمة (**المشتراة به**) أي بالخيار (**في مدته من الاستبراء**)؛ لعدم دخوله في ملكه عنده، ويعد عندهما منه.

والسابع: قوله: (**ولا استبراء على البائع إن ردّت**) الأمة عليه (**به**) أي بالخيار؛ سواء ردت قبل القبض أو بعده؛ لعدم الدخول أيضاً.

والثامن: قوله: (**ولو قبض المشتري به**) أي بالخيار (**المبيع بإذن البايع، ثم أودعه عنده**) أي عند البائع (**فهلك**) عند البائع في مدة الخيار أو بعدها، (.. **فهو**) أي الهلاك

على البَائِع؛ لارْتِفَاع القَبْضِ بِالرَّدِّ لعدم المِلْكِ.

وَلَوِ اشْترى المَأْذُونُ شَيْئاً بِهِ فَأَبْرَأَهُ بَائِعه عَن ثمنه.. يبْقى خِيَارُهُ، وَله الرَّدُّ؛ لِأَنَّهُ يَلِي عدمَ التَّمَلُّكِ.

وَلَو اشْترى ذمِّيٌّ من ذمِّيٍّ حمراً فَأسلمَ فِي مدَّتِهِ.. بَطلَ شِرَاؤُهُ؛ كَيْلا يتملَّكَها مُسلماً بِالْإِجَازَةِ.

(**على البائع؛ لارتفاع القبض بالرد**)؛ إذ الوديعة غير صحيحة عنده؛ (**لعدم الملك**) عنده، وإذا ارتفع القبض.. كان هلاك المبيع قبل القبض [٢٩/أ]، فيكون على البائع.

والتاسع: قوله: (**ولو اشترى**) العبد (**المأذون شيئاً به**) أي بالخيار (**فأبرأه بائعه عن ثمنه**) في مدة الخيار (.. **يبقى خياره**) مع صحة الإبراء على ما في «الكافي».

حتى لو اختاره بعد الإبراء.. كان المبيع له بلا ثمن.

(**وله الرد**) على البايع؛ (**لأنه**) أي جواز الرد (**يلي عدم التملك**) وقد وجد ذلك بحكم الخيار عنده؛ فإن شاء.. يرده، وإن شاء.. أجاز البيع ويأخذ المبيع بلا ثمن؛ لصحة الإبراء.

وفي «النهاية»: ولو كان المشتري حرّاً والمسألة بحالها أن يردّه بخيار الشرط، وإن إبراءه من الثمن في قولهم جميعاً؛ لأن الحر ممّن يصح تمليكه ببدل وبغير بدل.

والعاشر: قوله: (**ولو اشترى ذمي من ذمي خمراً**) أي بخيار من المشتري، (**فأسلم**) أي المشتري بعد القبض؛ لأنه لو أسلم قبل القبض.. بطل البيع في جميع الصور على ما سيأتي.

(**في مدته**) أي مدة الخيار (.. **بطل شراؤه**) وخياره جميعاً؛ (**كي لا يتملكها مسلماً بالإجازة**) أي بإسقاط الخيار، وتملك المسلم بالخمر ابتداء: لا يجوز.

ولو أسلم البائع والخيار للمشتري.. بقي على خياره بالإجماع.

ولو ردّها المشتري.. عادت إلى ملك البايع؛ لأن العقد من جانب البائع باتٌّ؛ فإن أجازه المشتري.. صار له، وإن فسخ.. صار الخمر للبايع، والمسلم أهل أن يتملك الخمر كما كان في الإرث.

ولو كان الخيار للبايع فأسلم هو.. بطل البيع؛ لأن المبيع لم يخرج عن ملكه، والمسلم لا يبعد أن يملك الخمر.

ولو أسلم المشتري.. لا يبطل العقد والبائع على خياره؛ لأن العقد من جهة المشتري بات؛ فإن أجاز العقد.. صار له؛ لأن المسلم من أهل أن يملك الخمر حكماً.

وإن فسخه... كان للبائع.

وهذا كله فيما إذا أسلم أحدهما بعد القبض والخيار لأحدهما.

وإن أسلم قبل القبض.. بطل في الصور كلها؛ سواء كان البيع باتاً، أو بشرط الخيار لأحدهما، أو لهما؛ لأن للقبض شبهاً بالعقد من حيث إنه يفيد ملك التصرف، فلم يملكه بعد الإسلام.

وإن أسلم أحدهما أو كلاهما بعد القبض وكان البيع باتاً.. لا يبطل؛ لأنه قد تمّ بالقبض، بخلاف ما إذا كان بشرط الخيار على ما مرّ، كذا في «الزيلعي».

وزاد فيه مسائل ثلاث أخرى:

أحدها: مسلم اشترى من مسلم عصيراً بشرط الخيار، فتخمّر العصير في المدة.. فسد البيع عنده، وتمّ عندهما.

والثاني: حلال اشترى صيداً بشرط الخيار، فقبضه، ثم أحرم والصيد في يده.. ينتقض البيع ويردّه إلى البائع عنده، وقالا: يلزم المشتري، ولو كان الخيار للبائع.. ينتقض في قولهم جميعاً؛ فإن كان الخيار للمشتري فأحرم البائع.. فللمشتري أن يردّه.

خِلافاً لَهما فِي الجَمِيع.

وَمن لَهُ الخِيَارُ.. يُجِيز بِحَضْرَة صَاحبه وغيبته،......................

والثالث: لو اشترى داراً هو ساكنها بإجارة أو إعارة [٢٩/ب]، فاستدام السكنى بعد الشراء.. لا يكون اختياراً عنده، وعندهما: اختيار؛ لأنه ملك العين، فكان سكناه بحكم ملك العين.

هذا، وما ذكره من المسائل العشرة في قول أبي حنيفة.. (**خلافاً لهما في الجميع**)؛ لما مر من أصلهما من أن خيار المشتري لا يمنع دخول المبيع في ملكه عندهما؛ فإذا دخل في ملكه.. يترتب عليه الأحكام المذكورة في تلك المسائل:

فيفسد نكاح زوجته المشتراة بالخيار؛ لعدم جواز اجتماع ملك العين مع ملك اليمين، ولا يردها على البائع بوطئها؛ لأن الوطء بملك العين لا بملك اليمين؛ لفساد النكاح، وتصير أمّ ولده.

ويعتق عليه قريبه الذي اشتراه بالخيار بعد قوله: «إن ملكت»؛ لدخوله في ملكه.

وكذا عبد اشتراه بالخيار بعد قوله: «إن ملكت».

ويعد الحيض في المدة من الاستبراء.

وعلى البائع الاستبراء بعد الرد عليه؛ لتجدد الملك.

والهلاك على المشتري بعد القبض.

ويبطل خيار المأذون.

ومن أسلم بعد الشراء.. فلا يملك الرد.

(**ومن له الخيار**) من البائع والمشتري أو غيرهما (.. **يجيز**) البيع في مدة الخيار (**بحضرة صاحبه وغيبته**) أي: بعلم صاحبه وعدم علمه؛ لأنه إسقاط حقه من الخيار، فلا يشترط فيه حضور الخصم؛ كالطلاق والعتاق.

واعلم: أن إجازة من له الخيار بالقول أو بالفعل لا تتوقف على علم صاحبه بالاتفاق؛ لكونه إسقاطاً، وأما فسخه وإن كان بالفعل على ما سيأتي بيانه.. فلا يتوقف

وَلَا يفْسخُ إِلّا بِحَضْرَتِهِ، خلافاً لأَبِي يُوسُفَ.

على علم صاحبه أيضاً بالاتفاق، وإن كان بالقول.. ففيه خلاف مالك والشافعي وأبي يوسف، على ما أشار إليه بقوله: (**ولا يفسخ**) أي من له الخيار (**إلا بحضرته**) أي بعلمه.

فلو فسخ بغيبته فبلغه الخبر في المدة.. تمَّ الفسخ؛ لحصول العلم به في المدّة، ولو بلغه بعد مضي المدة.. تمَّ العقد، هذا عند أبي حنيفة ومحمد، (**خلافاً لأبي يوسف**)؛ لأن من له الخيار مسلط على فسخ العقد من جهة صاحبه.. فلا يتوقف على علمه كالإجازة، والفسخ بالفعل، ولهذا لا يشترط رضاه، وصار كالوكيل بالبيع؛ فإن له أن يتصرف فيما وكّل به بلا علم الموكل؛ لكونه مسلطاً من جهته.

ولهما: أن الفسخ تصرف في حق الغير بالدفع، وذلك لا يعرى عن الضرر.

أما إذا كان الخيار للبايع.. فلأن المشتري عساه يعتمد تمام البيع السابق فيتصرف فيه بعد مدة الخيار، والحال أن البائع قد فسخ البيع قبل مضي المدة من غير علمه.. فيلزمه غرامة القيمة بهلاك المبيع، وقد تكون القيمة أكثر من الثمن.

وأما إذا كان الخيار للمشتري.. فالبائع عسى يعتمد بتمامه، فلا يطلب [٣٠/أ] لسلعته مشترياً آخر، وقد تكون المدة أيّام رواج بيع المبيع، وفي ذلك ضرر لا يخفى، والتصرف المشتمل على ضرر الغير يتوقف على علمه كما ما في عزل الوكيل، وحجر العبد المأذون له عن التصرف، وفراق الشريك، ونهي المضارب عن التصرف.

والقياس على الإجارة: فاسد؛ لقيام الفارق، وهو: إلزام الضرر، ولا ضرر فيها؛ إذ هو موافق له فيها، وكذا القياس على الفسخ بالفعل؛ لأنه حكمي، ولا يشترط العلم في الحكمي، ولا نسلم أنه مسلّط على الفسخ من جهة صاحبه؛ لأن التسليط على الشيء ممن لا يملكه غير معقول ولا مشروع؛ كالتمليك من غير المالك، بخلاف المتولّي للوقف؛ فإنه مالك من وجه فيملك التمليك، وعدم اشتراط الرضاء

لا يستلزم عدم اشتراط العلم؛ لأن مبنى الإلزام على العلم لا على الرضاء، وكون الرضاء مما لا بدّ منه في البياعات؛ لأنه لا إلزام فيه.

فإن قيل: إن ما ذكرتم من إلزام الضرر وإن دلّ على اشتراط العلم، ولكنه عندنا ما ينفيه، وهو أنه لو لم ينفرد بالفسخ.. لربّما اختفى من ليس له الخيار إلى مضي المدة، فيلزم البيع، وفيه من الضرر ما لا يخفى.

وأجيب: بأنه ضرر مرضي به؛ حيث ترك الاستيثاق بأخذ الوكيل؛ مخافة الغيبة.

أقول: فيه نظر من وجهين:

أحدهما: أن الضرر السابق ضرر مرضي أيضاً؛ حيث رضي بشرط الخيار مع علمه بمؤدّاه، وحيث ترك الاستفسار والاستكشاف.

والثاني: أنّ مخافة الغيبة والاختفاء جائز في الكفيل أيضاً؛ فليس في أخذه فائدة.

واعلم أنّ مدار دليل أبي حنيفة ومحمد على لزوم العلم في الفسخ إلزام ضرر زائد غير مرضي به على ما ذكروه.

ويرد عليه بوجوه:

أحدها: أن في الطلاق وإعتاق العبد المشترك والعفو عن القصاص ما لا يخفى من إلزام الضرر الزائد الغير، المرضي على الغير، مع أنها جائزة من غير اشتراط العلم فيها.

والثاني: أن الزوج ينفرد بالرجعة، وحكمها يلزم المرأة وإن لم تعلم هي.

والثالث: أن اختيار المخيرة ينفذ على زوجها، وفيه إلزام حكم الاختيار وإن لم يعلم به الزوج.

والرابع: أنّ اختيار الأمة المعتقة الفرقة يلزم الزوج وإن لم يعلم الزوج، وفيه إلزام الضرر.

والخامس: أن اختيار المالك وقع عقد الفضولي يلزم العاقدين بلا علم، وفيه إلزام الضرر عليهما.

وأجيب عن الأول: بأنّ كلّا من الطلاق والعتاق والعفو إسقاط، وما هو كذلك ليس فيه إلزام شيء؛ كإسقاط الحمل عن الدابة.

أقول: فيه نظر؛ لأن الفسخ أيضاً إسقاط العقد وإزالة له، وما هو كذلك ليس فيه إلزام ممنوع [٣٠/ب] كيف وإن في الطلاق إلزام العدة على المرأة، وفي إعتاق العبد المشترك إلزام الضرر على الشريك، وفي العفو على سائر الأولياء.

وعن الثاني: بأن الرجعة ليس فيها إلزام؛ لأن الطلاق الرجعي لا يرفع النكاح حتى تكون الرجعة إلزام أمر جديد، سلمناه.. ولكن ليس فيه إلزام ضرر؛ لأن النكاح من عوالي النعم فأسند أمته بالرجعة حتى لا يكون ضرراً، وفيه أيضاً نظر؛ لأنه حينئذٍ يكون في الطلاق إلزام ضرر عظيم لرفعه عوالي النعم، فكيف يصح ما قالوا: ليس في الطلاق إلزام شيء؟

وعن الثالث: بأنه لا إلزام فيه، بل ذلك بالتزامه، أو لأنه لا ضرر فيه؛ فإن الإيجاب حصل منه، ولو كان ضرراً... لما أقدم عليه، أو لأنه غير زائد على موجب التخيير، وفيه أيضاً نظر؛ لأن هذه الأجوبة الثلاث جارية في ضرر الفسخ أيضاً؛ فإنه بالتزامه شرط الخيار، ولو رأى ضرراً.. لما أقدم عليه، وإنه غير زائد على موجب شرط الخيار.

وعن الرابع: بأنه غير زائد على موجب نكاح من له الخيار، أو هو مرضي بالإقدام على سببه وهو النكاح، وفيه أيضاً نظر؛ لما ذكر آنفاً من أن ضرر الفسخ ضرر مرضي، وإنه غير زائد.

فإِنْ فسخَ وَعلم بِهِ فِي المدَّةِ.. انْفَسَخَ، وإِلّا.. تمّ العقدُ.
وَيتمُّ العقدُ أَيْضاً: بِمَوْتِ من لَهُ الخِيَارُ،..............................

وعن الخامس: بأنه امتناع عن العقد لا إلزام منه، فيه أن كونه امتناعاً لا ينافي إلزام الضرر، على الغير، فظهر من هنا قوة قول أبي يوسف دراية، ورجحه ابن الهمام.

ثم إذا شرط العلم عندهما؛ (**فإن فسخ**) بلا علم صاحبه (**وعلم**) صاحبه (**به**) أي بالفسخ (**في المدة.. انفسخ**) لحصول علمه به، (**وإلا**) أي: وإن لم يعلمه في المدة، (.. **تمَّ العقد**)؛ لوجود المقتضي وانتفاء المانع.

وعلمه بعد مضي المدة لا يضر تمام العقد.

وقال الزيلعي: والحيلة فيه: أن يأخذ منه وكيلاً، حتى إذا بدا له الفسخ ردّه عليه.

وقال بعضهم: إنه لو رفع الأمر إلى القاضي وأعلمه بذلك ونصب من يخاصم عنه.. صح الرد عليه.

وذكر الكرخي: أن خيار الرؤية على هذا الخلاف أيضاً.

وفي خيار العيب: لا يصح الفسخ بغير علم صاحبه بالإجماع؛ لأنه لا يثبت إلا بالقضاء.

(**ويتم العقد أيضاً**) أي كما يتم بالإجارة (**بموت من له الخيار**) من البائع أو المشتري أو غيرهما، بخلاف ما إذا مات من عليه الخيار ـ أي من لا خيار له ـ؛ فإن الخيار باق فيه بالإجماع.

وقال الشافعي: لا يتم العقد بموت من له الخيار، بل ينتقل الخيار إلى وارثه؛ كخيار العيب و التعيين.

ولنا: أن الخيار عرض لا يبقى زمانين، فلا ينتقل؛ لأنه عبارة عن الإرادة، والمشبه والإرث إنما يجري فيما يقبل الانتقال؛ لأنه خلافة عن المورث بنقل الأعيان إلى الوارث؛ فإن قيل: قال ﷺ: «من ترك مالاً أو حقاً.. فلورثته»، والخيار

وكذا بمضيِّ المدَّةِ، وبالأخذِ بشُفعةٍ بِسَبَبِ المَبِيعِ، ....

حق [٣١/أ]، فيكون لورثته.. قلنا: لا، ثم ثبوت لفظ الحق في الحديث، بل الثابت فيه لفظة مالا فقط على ما صرح به ابن الهمام، ولو سلم، لكن المراد هو الحق القابل للانتقال بدليل قوله فلورثته والخيار ليس كذلك؛ لعدم بقائه، فلا يعارض بما ذكرناه؛ فإن قيل: يعارضه أن المالكية عرض كالخيار مع أنها تنتقل إلى الوراث.. قلنا: لا، ثم ثبوت المالكية للوارث بطريق الانتقال، بل ثبت ابتداء، ولو سلّم، لكن المنتقل إليه هو العين المملوك والمالكية إنما ينتقل ضمناً، فلا معتبر به في الشرع؛ فإن قيل: فليكن خيار الشرط أيضاً كذلك في ضمن انتقال المبيع بالخيار إلى الوارث قلنا الخيار ليس من لوازم المبيع حتى ينتقل بانتقال المبيع، بل الأصل عدمه، بخلاف المالكية؛ فإنها من لوازم المملوك والمالك، بخلاف خيار العيب؛ لأن المورث استحق المبيع سليماً، فكذا الوارث.

وخيار التعيين يثبت للوارث ابتداء لاختلاط ملكه بملك الغير، لا أن الخيار يورث على ما سيأتي.

فإن قيل: إذا تم العقد بموت من له الخيار.. يملك الوارث المبيع، والحال أن المورث غير مالك له بالخيار.

قلنا: لا نسلم أنه غير مالك، بل هو مالك أيضاً؛ لوجود الموجب وهو العقد، لكن المانع وهو الخيار يمنع عمله؛ فإذا بطل المانع في حق الوارث.. ظهر أثر الموجب.

ولا يخفى عليك أن هذا من قبيل تخصيص العلة والمخلص معروف.

(**وكذا**) يتم العقد (**بمضي المدة**) بلا فسخ؛ لأنه بمضيها يبطل خياره، ومن ضرورة بطلان الخيار: تمام العقد لزوال المانع.

(**وبالأخذ بشفعة بسبب المبيع**) يعني: اشترى داراً بخيار الشرط، فبيع دار أخرى بجنبها في مدة الخيار، فأخذها المشتري بالشفعة، فذلك الأخذ رضاء يسقط به الخيار بالاتفاق.

وَبِكُل مَا يدلُّ على الرضا؛ كالركوبِ لغيرِ الاختبارِ، وَالْوَطْءِ، وَالْإِعْتَاقِ وتوابعِهِ.

أما عندهما: فلأن المبيع يدخل في ملك المشتري عندهما، فله الأخذ بالشفعة، فيسقط خياره.

وأما عند أبي حنيفة: فلأن الأخذ بالشفعة يستلزم طلبها، وطلبها يستلزم دفع ضرر الجار، ودفع الضرر يستلزم استدامة الملك، واستدامة الملك تستلزم الملك، والملك يستلزم سقوط الخيار سابقاً عليه، وسقوط الخيار يستلزم تمام العقد، فالشفعة تستلزم تمام العقد بهذه الوسائط؛ لأن قياس المساواة منتجة في مادة الاستلزام، فثبت الملك له من وقت الشراء بطريق الاستناد.

هذا، وقد يقال: إن المشتري بالخيار وإن لم يكن مالكاً لها رقبة، إلا أن حق التصرف فيها، وذلك يكفي لاستحقاق الشفعة؛ كالمأذون المستغرق [٣١/ب] بالدّين والمكاتب إذا بيعت دار بجنب داريهما.. فإنهما يستحقان الشفعة، وإن لم يملكا رقبة دارهما، بخلاف ما إذا كان الخيار للبائع؛ فإن المشتري حينئذٍ لم يصر أحقّ بالتصرف فيها، بخلاف خيار الرؤية؛ حيث لا يبطل بأخذ الشفعة، كما لا يبطل بالصريح بأن قال: أبطلت خيار الرؤية؛ لأنها تحتاج إلى الرؤية.

(**وبكلّ ما يدل على الرضا كالركوب لغير الاختبار**) أي: الامتحان من الخبر بالباء الموحدة؛ فإنه لو ركب لينظر إلى سيرها.. لا يدلّ على الرضاء؛ كما لو ركبها ليرويها أو ليسقيها أو ليعلفها.

(**والوطء**) في الجارية (**والإعتاق وتوابعه**)؛ من التدبير والكتابة.

واعلم: أن الخيار يسقط ثلاثة أمور:

أحدها: الإسقاط صريحاً؛ نحو: أسقطت الخيار أو أبطلته أو أجزت البيع ونحوها.

وَلَو شَرطَ المُشْتَرِي الخِيَارَ لغيره.. جَازَ، ....

والثاني: الإسقاط دلالة، وهو: كلّ فعل يوجد ممّن له الخيار، ولا يحلّ لغير المالك؛ لأنه رضي بالملك، مثل: الوطء واللمس والقبلة والنظر إلى الفرج بشهوة، ومثل الركوب لغير الامتحان، ومثل أن يسكن الدار، أو أسكنها، أو بنى فيها، وكل فعل لا يثبت حكمه في غير المالك؛ كالعتق وتوابعه ،والبيع، والإجارة، والهبة بعد القبض، والرهن، والعرض على البيع.. فإن كلّها دليل الرضاء.

ولو داوى العبد أو الدابة، أو عمر في الساحة، أو رم شعث الدار، ولقح الخيل، أو حلب البقرة.. بطل الخيار؛ لأنها دليل الرضاء؛ لكونها خصائص الملك.

والثالث: سقوطه ضرورة؛ كمضي مدّة الخيار وموت من له الخيار من البائع أو المشتري أو وكيلها للبيع والشراء، أو موت الوصي الذي باع بالخيار.

ولو جن أو أغمي عليه أو نام أو سكر من الخمر بحيث لا يعلم حتى مضت المدة.. الصحيح: أنه يسقط الخيار.

ولو أفاق في المدة.. فهو على خياره.

ولو سكر من البنج أو ارتد.. فهو على خياره.

وفي «المحيط»: بلغ الصبي في مدة الخيار.. بطل الخيار وتم البيع عند أبي يوسف.

وعن محمد: فيه ثلاث روايات؛ في رواية: ينتقل إلى الوصي، وفي أخرى: لا يلزم إلا بإجازته في المدة وبعدها، وفي أخرى: كذلك، إلا أنه يبطل بمضيها.

وفي «السراج»: عجز المكاتب وحجر المأذون في المدة.. كالموت، وفي المأذون: خلاف محمد.

وإذا لم يبطل.. ففيه: أن الخيار للمأذون، وعنه: أنه للسيد.

(ولو شرط المشتري) والبائع ـ وتخصيصه ليس بجيد ـ **(الخيار لغيره.. جاز)** عند أبي حنيفة وأبي يوسف، ومحمد استحساناً، والقياس: أن لا يجوز، وهو قول زفر

والشافعي؛ لأن الخيار من مواجب العقد.. فلا يجوز اشتراطه لغير العاقد كاشتراط الثمن على غيره.

ووجه الاستحسان: دلالة ما روينا [٣٢/أ] في الخيار؛ لأن الحاجة كما تمسّ لنفس الخيار على العاقدين كذلك تمسّ على غير العاقدين أيضاً؛ لكونه أعرف للعقد أو المبيع.

فإن قيل: كيف يصحّ الحاجة بخيار الشرط دلالة مع أن شرط الدلالة كون الملحق أولى من الملحق به، أو مساوياً له، والملحق فيما نحن فيه: أنقص من الملحق به؛ لكون الغير أجنبياً عن العقد.

أجيب: بأنَّا لا نسلم أنه أجنبي عنه، بل هو نائب عن العاقد اقتضاء؛ لأنه لا وجه لإثباته للغير أصالة، فيجعل كأنه شرط لنفسه وجعل الأجنبي نائباً عنه في التصرف اقتضاء؛ تصحيحاً لتصرفه بقدر الإمكان، وفيه بحث من وجوه:

الأول: أن مساس الحاجة إلى خيار الغير يصلح وجهاً لإثبات الخيار له أصالة، فلا وجه إلى إثباته بطريق النهاية اقتضاء، فيكون أجنبياً عن العقد.

والثاني: أن شرط الاقتضاء: أن يكون المقتضى أدنى منزلة من المقتضي، ألا ترى أنّ من قال لعبد له حنث في يمينه: كفر عن يمينك بالمال.. لا يكون ذلك تحريراً له اقتضاء؛ لأن التحرير أقوى من تصرف التكفير؛ لكونه أصلاً، فلا يثبت تبعاً لفرعه.

ولا خفاء أن العاقد أعلى مرتبة، فكيف يثبت له الخيار اقتضاء.

والثالث: أن اشتراط الخيار للغير لو جاز نيابة تصحيحاً.. لجاز اشتراط وجوب الثمن على الغير بطريق الكفالة بأن يجب الثمن على العاقد أولاً، ثم على الغير كفالة عنه لذلك.

والجواب عن الأول: أن الذي نفيناه هو الوجه المعتبر في الدلالة؛ أعني:

وَأَيُّهمَا أَجَاز البيعَ أَو فسخَ.. صَحَّ.

وَإِن أَجَازَ واحدٌ وَفسخَ الآخرُ.. اعْتبَر السَّابِقُ.

وَإِن كَانَا مَعاً.. فالفسخُ.

المساواة من كل وجه أو الزيادة، وفي شرط الخيار للعاقد مخالفة للقياس من وجه واحد، وهو اشتمال العقد للشرط، وفي غير العاقد أصالة، هذا، وكون المتصرف في العقد بالفسخ والإمضاء أجنبياً.. فلا تحصل المساواة إلّا بإخراجه عن الأجنبية، وذا لا يكون إلّا بطريق النيابة، ولا تأثير فيه؛ لمساس الحاجة إلى خياره.

وعن الثاني: بأن الاعتبار للمقاصد، والغير هو المقصود باشتراط الخيار، فكان هو الأصل نظراً إلى الخيار، والعاقد أصل من حيث التملك لا من حيث الخيار.. فلا يلزم ثبوت الأصل بتبعية فرعه، وأما التحرير: فإنه الأصل في وجوب الكفالة المالية، فلا يثبت تبعاً لفرعه وهو التكفير.

وعن الثالث: بأن الدين لا يجب على الكفيل في الصحيح، بل هي التزام المطالبة، والمذكور ههنا هو الثمن على الأجنبي، والمقتضى اسم مفعول لا يثبت إلا لتصحيح المقتضي اسم فاعل، ولو صحت الكفالة بطريق الاقتضاء.. كان المقتضى مبطلاً للمقتضي وعاد على موضوعه بالنقض.

فإن قيل: فليكن بطريق [٣٢/ب] الحوالة؛ فإن فيها المطالبة بالدّين.

فالجواب: أن المشتري أصل في وجوب الثمن عليه، فلا يجوز أن يكون تابعاً لفرعه وهو المحال عليه، ويجاب بهذا: عن اعتراض الكفالة أيضاً. تأمل.

(**وأيهما**) أي من المشتري ومن ذلك الغير (**أجاز**) العقد (**أو فسخ.. صحّ**)؛ لأن لكلّ منهما خياراً على ما ذكرناه، فيكون لكل منهما حق الإجازة أو الفسخ.

(**وإن أجاز واحد وفسخ الآخر.. اعتبر السابق**)؛ لعدم المزاحم.

(**وإن كانا معاً.. فالفسخ**)؛ سواء كان من العاقد أو من الغير، وهو رواية كتاب المأذون من «المبسوط».

وَلَو بَاعَ عَبْدَيْنِ بِالْخِيَارِ فِي أَحدهمَا؛ ....

وفي رواية بيوع «المبسوط»: يعتبر تصرف العاقد؛ فسخاً كان أو إجازة.

وجه الأول: أن الفسخ أولى؛ لأن المُجاز يلحقه الفسخ؛ كما لو أجاز والمبيع هلك عند البائع، والمفسوخ لا يلحقه الإجازة؛ فإن العقد إذا انفسخ بهلاك المبيع عند البائع.. لا تلحقه الإجازة.

ولا خفاء في قوة ما يطرأ على غيره فيزيله على ما ليس كذلك؛ نظيره: نكاح الحرة والأمة إذا وجدا معاً.. ينفذ نكاح الحرة؛ لأنه أقوى لوروده على نكاح الأمة، دون العكس، ولأن الفسخ: محرم، والإجازة: مبيح، وإذا تعارض المحرم والمبيح.. يقدم المحرم.

فإن قيل: إذا لاقى من له الخيار غيره فتناقض البيع، ثم هلك المبيع عند المشتري قبل قبض البائع بحكم الإقالة.. فإن على المشتري الثمن إذا كان الخيار له، والقيمة إن كان للبائع، فكان ذلك فسخاً للفسخ، وهو إجازة للمفسوخ.

أجيب: بأن الكلام في أن الإجازة لا تلحق المفسوخ، وما ذكرتم فسخ لا إجازة.

ووجه الثاني: أن تصرّف العاقد أولى وأقوى؛ لكونه أصلاً، والأقوى يقدم على غيره.

قيل: الأول قول أبي يوسف، والثاني قول محمد، ويدل عليه ما نقل عنهما: أنه إذا باع الوكيل من واحد والموكل من غيره معاً.. فمحمد: اعتبر تصرف الموكل؛ لكونه أصلاً، وأبو يوسف: اعتبر تصرفهما، ويجعل العبد مشتركاً بينهما بالنصف، وكل من المشتريين إن شاء أخذ النصف بنصف الثمن، وإن شاء نقض البيع على ما في «العناية».

(**ولو باع عبدين بالخيار في أحدهما**)، بخلاف ما إذا باع عبداً واحداً، أو كيلياً أو وزنياً على أنه بالخيار في نصفه.. فإنه يصح مطلقاً عن النصف وفصل الثمن أولاً؛

فإِنْ عيّنَهُ وَفَصَّلَ ثمنَ كلٍّ.. صَحَّ، وإِلّا.. فَلَا.

لأن نصف الشيء الواحد لا يتفاوت، فقيمته أيضاً لا تتفاوت؛ فإذا كان ثمن الكل معلوماً.. كان ثمن النصف أيضاً معلوماً، فالمبيع معلوم، والشيوع لا يمنع الجواز، على ما صرح في «الكافي».

(**فإن عينه**) أي محل الخيار (**وفصل ثمن كل**) بأن قال: بعت هذين العبدين بألفين، كل منهما بألف، على أني بالخيار في هذا ثلاثة أيام (.. **صحّ**) [٣٣/أ]؛ لأن كل واحد من المبيع والثمن معلوم، واشتراط قبول العقد في محل الخيار لقبوله في الآخر ليس بمفسد؛ لأن محل الخيار داخل في العقد لصلاحيته له، وإن لم يدخل في الحكم.. فلا يكون مفسداً؛ كما إذا جمع بين القن والمدبر في البيع في أن المدبر محلّ للبيع، فلم يكن شرط قبول العقد فيه مفسداً للعقد في الآخر، بخلاف ما إذا جمع بين حرّ وقن؛ فإن الحر ليس بمحلّ للبيع أصلاً، فلم يكن داخلاً: لا في العقد، ولا في الحكم، فيكون مفسداً، ولأنه شرط ليس فيه نفع لأحد العاقدين، ولا للمعقود عليه.. فلا يكون مفسداً، وإن كان مما لا يقتضيه العقد.

(**وإلا.. فلا**) يصح.

وذلك على ثلاثة أوجه: أن لا يعين ولا يفصل.

وأن لا يعين ويفصل.

وأن لا يفصل ويعين.

ووجه الفساد في الأول: جهالة كل من المبيع والثمن.

وفي الأخيرين: جهالة واحد منهما.

وقال القاضي الإمام أبو زيد في الوجه الثالث: إن العقد صحيح في غير محل الخيار.

ولو فسخ العقد في محل الخيار المعين.. يبقى في الآخر على الصحة؛ لأن العقد منعقد؛ لتناول الإيجاب كليهما؛ لكونهما محلاً للبيع، والتسمية صحت جملة،

وَيجوزُ خِيَارُ التَّعْيِين، ....

إلا أن الخيار عارض العقد في الحكم فمنع ثبوت الحكم في أحدهما، فعمل الإيجاب في الآخر، ووجب حصته من الثمن بعد أن صحت تسمية جملة الثمن، فكانت الجهالة عارضة.. فلا يمنع الجواز؛ كما في بيع القن والمدبر.

قلنا: إن الحكم لما انعدم في محل الخيار بنص قائم من كل وجه ـ وهو الخيار ـ لزم انعدامه من كل وجه؛ لأن العقد لا ينعقد إلا بحكمه، فصار الإيجاب في حق الحكم في محل الخيار بمنزلة العدم؛ كما في بيع الحر، فيبقى الإيجاب في حق الآخر بحصته من الثمن ابتداء.. فلا يجوز.

بخلاف المدبر مع القنّ؛ فإن الإيجاب يتناولهما، وامتناع الحكم فيه لضرورة صيانة حقه من العتق، لا بنص قائم يمنع ثبوت الحكم فيه، والثابت ضرورة لا يظهر حكمه في غير موضع الضرورة، فيبقى الإيجاب متناولاً له فيما وراء هذه الضرورة.

ثم شرع في بيان خيار التعيين قال: (**ويجوز خيار التعيين**) بالاتفاق للمشتري.

وأما للبايع.. ففيه خلاف؛ فذكر الكرخي في «مختصره»: أنه يجوز قياساً على المشتري.

وذكر في «المجرد»: أنه لا يجوز؛ لأن جوازه للمشتري ثبت على خلاف القياس لضرورة حاجته، فلا يقاس عليه غيره، ولأنه لا حاجة للبائع إليه.

وذكر في «الفصولين»: يجوز خيار التعيين في جانب البائع كما يجوز في جانب المشتري [٣٣/ب]، وللبائع أن يلزم أيهما شاء على المشتري ويأخذ الآخر؛ فإن هلك أحدهما في يد المشتري.. فله أن يلزمه أيهما شاء، وإن هلك أحدهما أو تعيب في يد البائع قبل التسليم إلى المشتري.. فله أن يلزمه الباقي والتسليم، لا الهالكة والمعيب، إلا أن يرضى المشتري.

فإن ألزمه المعيب ولم يرض.. فليس له أن يلزمه الآخر بعده.

ولو قبضهما المشتري وخيار التعيين للبائع فهلكا.. فالبيان بحاله؛ فإن مات البائع.. فالخيار لورثته.

وكذا لو مات المشتري والخيار له.. فلورثته خيار التعيين لا الشرط؛ لأن خيار التعيين يورث، لا خيار الشرط.

وإن تعيب أحدهما في يد المشتري والخيار للبائع.. فله إلزامه ذلك، ولو أخذه البائع كذلك.. فلا شيء له على المشتري من ضمان نقصانه.

ولو كان الخيار للمشتري وهلك أحدهما في يد البائع.. أخذ المشتري الباقي إن شاء.

واعلم: أنهم ذكروا لخيار التعيين صورتين:

أحدهما: أنه شرى بالخيار ثلاثة أيام، فأراد ردّه على بائعه بحكم الخيار، فقال البائع: ليس المبيع هذا، وقال المشتري: هو ذلك.. فالقول للمشتري مع يمينه؛ لأنه قابض، والقول للقابض في: قدر المقبوض، وتعيينه، وصفته.

واستشكله بعض مشايخنا بما لو اشترى شيئاً وقبضه، ثم أراد ردّه على البائع بعيب، وقال البائع: المبيع غير هذا، وقال المشتري: هو هذا.. يصدق البائع بيمينه لا المشتري مع أنه قابض.

وأجاب عنه بقوله: الحق: أن يفصل؛ بأن القول للمالك في تعيينه إذا وجد التمليك، وإلّا.. فللقابض؛ كتعيين المغصوب وزق العسل في مسألة الاختلاف.

هذا فيما إذا قبضه المشتري.

ولو لم يقبضه والخيار له فأراد أن يجيز البيع ويأخذ المبيع من يد البائع، فقال البائع: ليس المبيع هذا، وقال المشتري: هو هذا.. فقالوا: ينبغي أن يكون القول للبائع؛ كما لو ادّعى بيع هذا وأنكر البائع البيع أصلاً.

وَهُوَ.. بيعُ أحدِ الشَّيْئَيْنِ، أَو ثَلَاثَةٍ على أَن يَأْخُذَ المُشْتَرِي أياً شَاءَ، وَلَا يجوزُ فِي أَكثرَ من ثَلَاثَةٍ، ويتقيَّدُ تخييرُهُ بِمدَّة خِيَارِ الشَّرْط على الِاخْتِلَاف.

وإن كان الخيار للبائع؛ فإن كان مقبوضاً فأراد البائع أخذه، فقال المشتري: هو هذا، وقال البائع: ليس هذا.. فالقول للمشتري مع يمينه.

ولو لم يكن مقبوضاً فأراد البائع إلزام البيع في عين، فقال المشتري: ما اشتريت هذا.. فالقول للمشتري.

وثانيهما: ما ذكره بقوله: (**وهو بيع أحد الشيئين أو ثلاثة على أن يأخذ المشتري أياً شاء**) ويرد الآخر في ثلاثة أيام.

(**ولا يجوز في الأكثر من ثلاثة**)، والقياس: أن لا يجوز في الاثنين والثلاثة أيضاً، وهو قول زفر والشافعي؛ لجهالة المبيع جهالة مفضية إلى [٣٤/أ] النزاع؛ لتفاوت الأشياء في نفسها.

ووجه الاستحسان: أن خيار الشرط إنما شرع لمساس الحاجة إلى دفع الغبن، والحاجة إلى هذا النوع من البيع متحققة أيضاً؛ لأنه ربما يحتاج إلى اختيار من يثق به أو من يشتري لأجله، ولا يمكن البائع من الحمل إليه إلا بالشراء؛ لئلا يكون أمانة عنده، فكان في معنى ما ورد به الشرع فيلحق به، غير أن الحاجة تندفع بالثلاث لوجود الجيد والرديء والوسط فيها والجهالة لا تفضي إلى المنازعة؛ لتعين من له الخيار وهو المشتري؛ لأنه مستبد بالتعيين لكون الأمر مفوضاً إليه بلا منازع، وكذا لا تفضي إليها في الأربع أيضاً، إلا أن الحاجة التي هي جزء علة الجواز غير متحققة فيها لاندفاعها بالثلاث، والحكم لا يثبت إلّا بتمام العلة، وثبوت هذه الرخصة بمجموع الحاجة وكون الجهالة غير مفضية إلى النزاع.

(**ويتقيد تخيره**) بخيار التعيين (**بمدة خيار الشرط على الاختلاف**) السابق في خيار الشرط بين أبي حنيفة وصاحبيه.

وَالْمَبِيعُ وَاحِدٌ وَالْبَاقِي أَمَانَةٌ، فَلَو قبضَ الكلَّ فَهَلَك وَاحِدٌ أَو تعيَّبَ.. لزمَ البيعُ فِيهِ، ....

اعلم: أن محمداً ذكر هذه المسألة في «الجامع الصغير» وقال: وهو بالخيار ثلاثة أيام.

وذكر في «الجامع الكبير» وسكت عن هذا اللفظ، فاختلف المشايخ فيه، فقال أكثرهم: لا يصح العقد ما لم يشترط الخيار لنفسه ووقتاً معلوماً، حتى إذا لم يذكر الشرط لا بدّ من توقيت خيار التعيين بوقت معلوم بثلاثة أيام فما دونه عند أبي حنيفة، وزيادة على ذلك عندهما، وصحّحه شمس الأئمة السرخسي.

وقال بعضهم: يصح العقد وإن لم يذكر الزيادة ـ أي خيار الشرط ـ صريحاً بأن يقول: ولي الخيار ثلاثة أيام، وذكرها فيما ذكر.. كان اتفاقاً لا شرطاً، وصحّحه فخر الإسلام.

وجه الأول: أن جوازه بطريق الإلحاق بخيار الشرط.. فلا يصح بدونه.

ورد: بأنّ عدم انفكاك الملحق عن الملحق به ليس بشرط في الإلحاق، وبأن: خيار التعيين مما لا يتوقت بالتوقيت، حتى يجوز له ردّ أحدهما بحكم خيار التعيين في مدة خيار الشرط، وبعدها؛ سواء ذكر خيار الشرط أو لم يذكر.. فلا معنى لاشتراطه بالتوقيت.

(**والمبيع**) بخيار التعيين (**واحد**) من اثنين أو ثلاثة، (**والباقي أمانة**) أي: عند المشتري على ما دلّ عليه تفريع قوله: (**فلو قبض الكل فهلك واحد أو تعيب.. لزم البيع**) أي بثمنه (**فيه**) أي في الواحد الهالك أو المتعيب؛ لأنه تعين مبيعاً؛ لامتناع الرد على صاحبه بالهلاك والعيب.

ولو هلك واحد أو تعيّب في يد البايع قبل قبض المشتري [٣٤/ب] فالخيار للمشتري، فيأخذ الباقي من البائع بثمنه إن شاء على ما قدّمناه.

وَتعيَّن البَاقِي للأمانةِ، وَإِن هلَك الكلُّ.. لزمَه نِصفُ ثَمنِ كلٍّ، أَو ثلثُه، وَلَيْسَ لَهُ ردُّ الكلِّ إِلّا إِن ضَمَّ إِلَيْهِ خِيَارَ الشَّرْطِ.

(**وتعيّن الباقي للأمانة**)، حتى إذا هلك الآخر بعد هلاك الأول أو تعيّب بغير صنع.. لا يلزم عليه شيء من قيمته.

فإن قيل: قبض الآخر لا يكون أقل من المقبوض على سوم الشراء، وهناك تجب القيمة عند الهلاك.

قلنا: أنه أقلّ منه؛ لأن المقبوض على سوم الشراء مقبوض على جهة البيع، وهذا ليس كذلك؛ لأنه لم يقبض الآخر ليشتريه وقد قبضه بإذن المالك فكان أمانة.

فإن قيل: لم انعكس الحكم فيما إذا طلق إحدى امرأتيه أو أعتق أحد عبديه فماتت إحداهما.. فالباقية تتعين للطلاق والعتاق دون الهالكة؟

قلنا: إنهما بالإشراف على الهلاك خرجا عن محلية الطلاق والعتاق، فتعينت الباقية للحكم، بخلاف الثوب؛ فإنه إذا أشرف على الهلاك.. خرج عن محليّة الرد بالعيب فتعين لكونه مبيعاً.

فإن قيل: هذا بالهلاك دفعة بدون الإشراف على الهلاك.

قلنا: إنه نادر، فلا معتبر به.

(**وإن هلك الكل.. لزمه نصف ثمن كل**) من اثنين (**أو ثلثه**) أي ثلث ثمن كل من الثلاثة؛ لعدم أولوية واحد منها؛ لكونه مبيعاً فشاع البيع والأمانة فيها.

ولا فرق بين كون الثمن متفقاً أو مختلفاً على ما في «الزيلعي».

(**وليس له**) أي: للمشتري بخيار التعيين (**رد الكل، إلا إن ضم إليه**) أي إلى خيار التعيين (**خيار الشرط**).. فحينئذ: له رد الكل بحكم خيار الشرط.

اعلم أن خيار التعيين على القول باشتراط خيار الشرط: لا يخلو من أن يذكر معه خيار الشرط؛ فإن لم يذكر.. فلا بد من توقيته على الخلاف السابق بين أبي حنيفة وصاحبيه على ما ذكرناه، وإن ذكر.. فيثبت له خيار الشرط وخيار التعيين معاً

وَيُورَثُ خِيَارُ التَّعْيِينِ، وَالْعَيْبِ، لَا الشَّرْطِ، والرؤيةِ.

وَلَو اشتريا على أَنَّهُمَا بِالْخِيَارِ فَرضِيَ أَحدُهمَا.. لَا يردُّ الآخرُ، خلافاً لَهما.

صراحة، فله أن يرد الكل بخيار الشرط في مدته، وأن يرد أحدهما بخيار التعيين، وإذا مضت المدة.. بطل خيار الشرط، فلا يملك ردّهما، وبقي خيار التعيين، فيرد أحدهما ويختار الآخر.

وإن مات المشتري في مدّة الخيار.. يبطل خيار الشرط ويبقى خيار التعيين للوارث، فله أن يرد أحدهما.

أما بطلان الأول: فلأنه لا يورث على ما مر.

وأما بقاء الثاني.. فلأنه يورث على ما أشار إليه بقوله: (**ويورث خيار التعيين والعيب لا الشرط والرؤية**)، ليس معناه: أن نفس الخيار يورث؛ لأن نفس الخيار لا يورث أصلاً؛ لعدم بقاء العرض حتى ينتقل، والإرث لا يجري إلا فيما ينتقل، بل معناه: أن المبيع بخيار التعيين ينتقل إلى [٣٥/أ] الوارث مجهولاً، فيثبت له خيار التعيين ابتداء بعد سقوطه على المورث بموته؛ لاختلاط ماله بمال الغير.

وأما المبيع بخيار العيب.. فلأن المورث استحق المبيع سليماً.. فكذلك الوارث؛ لقيامه مقامه، ولهذا يثبت له الخيار فيما تعيّب في يد البائع بعد موت المورث وإن لم يثبت للمورث، على ما في «الزيلعي».

وأما خيار الشرط والرؤية.. فلما ذكرنا.

(**ولو اشتريا على أنهما بالخيار فرضي أحدهما.. لا يرد الآخر**) عند أبي حنيفة (**خلافاً لهما**)؛ لأن إثبات الخيار لهما: إثبات لكل واحد منهما مستقلاً.. فلا يسقط خيار واحد منهما بإسقاط صاحبه؛ لما فيه من إبطال حقّه.

وعَلى هَذَا: خِيَارُ العَيْبِ والرؤيةِ.

ولأبي حنيفة: أن المبيع خرج عن ملكه غير معيب بعيب الشركة؛ فلو ردّه أحدهما.. ردّه بعيب الشركة، وفيه إلزام الضرر على البائع، والخيار إنما يثبت لمن له الخيار على وجه لا يلحق منه ضرر للغير.

فإن قيل: إذا كان في الرد إلزام الضرر على البائع، وفي عدم الردّ إلزام الضرر على من أراد الرد.. فتعارضا.

قلنا: ضرر من أراد الرد ولم يكن من الغير، بل نشأ من عجزه عن إيجاد شرط الرد، فكان دون ضرر البايع.. فلا تعارض، وإثبات الخيار لهما لا يستلزم الخيار لكلّ واحد منهما مستقلاً، ألا ترى أن من وكّل وكيلين.. أثبت الوكالة لهما، وليس لأحدهما أن يتصرف بدون الآخر؟

فإن قيل: إن البائع قد رضي بعيب الشركة بالبيع لهما.. فلا ضرر له فيه؛ لكونه مرضياً له.

أجيب: بأنه إنما رضي بالشركة والتبعيض في ملكهما، إلّا في ملك نفسه.. فلا يدلّ على الرّضاء به في ملكه، ألا ترى أن المشتري لو زوّج الأمة المشتراة، ثم وجد بها عيباً.. ليس له أن يردّها على البائع؛ لحدوث العيب عنده ـ وهو التزويج ـ وإن حصل بتسليطه ورضاه؛ لما مرّ من أنه إنما رضي به في ملك المشتري لا في ملك نفسه.

فإن قيل: هذا العيب حدث عند البائع قبل القبض، والعيب الحادث قبل القبض لا يمنع الرد.

أجيب: بأنّ هذا عيب حدث بفعل المشتري، وهو يمنع الرد وإن حدث في يد البائع.

(**وعلى هذا**) الخلاف (**خيار العيب والرؤية**) فيما إذا اشتريا ورضي أحدهما بعيب، أو رآه أحدهما دون الآخر، فعنده: لا يرد الآخر بالعيب أو الرؤية بعده، خلافاً لهما.

وَلَوِ اشْترى عبداً على أنَّه خَبّازٌ أَو كَاتبٌ فَظهرَ بِخِلَافِهِ.. أَخذَهُ بِكُلِّ الثّمنِ أَو تركه.

(ولو اشترى عبداً على أنه خبّاز أو كاتب فظهر بخلافه.. أخذه بكل الثمن أو تركه) على بائعه إن لم يمتنع الرد بسبب من الأسباب المانعة للرد، وإن امتنع.. رجع على البائع بحصته من الثمن في ظاهر الرواية.

يقوّم العبد خبازاً [٣٥/ب] أو كاتباً على أدنى ما يطلق عليه اسم الخباز والكاتب؛ إذ هو المستحق بمطلق الشرط، لا النهاية في ذلك؛ كما هو في وصف السّلامة المستحق بمطلق العقد، ويقوّم غير خباز أو كاتب، فينظر إلى تفاوت ما بينهما فيرجع عليه بذلك.

وعن أبي حنيفة في غير ظاهر الرواية: أنه لا يرجع بشيء؛ لأن ثبوت الخيار للمشتري بالشرط لا بالعقد، وتعذر الرد في خيار الشرط لا يوجب الرجوع على البائع، فكذا هنا.

والصحيح: ظاهر الرواية، وهو قول الشافعي، ثم أخذه بكلّ الثمن؛ لأن حاصل هذا الشرط شرط في وصف مرغوب فيه في البيع، فلذا جاز اشتراطه، والأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن؛ لكونها تابعة في العقد تدخل فيه من غير ذكر على ما تقدم، وإذا لم يقابلها شيء من الثمن.. يأخذه بكلّه إن شاء.

وأما رده على بائعه.. فلأن هذا الوصف وصف مرغوب فيه في البيع.. وكلّ ما هو وصف مرغوب فيه في البيع يستحق في العقد بالشرط؛ لرجوعه إلى صفة المثمن أو الثمن.. كان ملائماً للعقد، ألا ترى أنه لو كان موجوداً في المبيع لدخل في العقد بلا ذكر؟ فإذا دخل في العقد.. ففواته يوجب التخيير؛ لأن المشتري ما رضي بالمبيع بدون ذلك الوصف، بخلاف ما لم يكن مرغوباً فيه؛ كما إذا باع على أنه أعور؛ فإذا هو سليم؛ فإنه يوجب الخيار في العقد.

فإن قيل: إن ما ذكرت منقوض بما إذا باع إبلاً أو شاة على أنها حامل أو على أنها تحلب كذا.. فإن البيع فيه وفي أمثاله فاسد، مع أن الشرط شرط في وصف مرغوب فيه في البيع.

أجيب: بأنّ ذلك ليس باشتراط في وصف، بل اشتراط مقدار من المبيع مجهول، وضم المجهول إلى المعلوم يجعل الكل مجهولاً، حتى لو شرط أنها حلوب أو لبون.. جاز؛ كما إذا شرط في الفرس أنه هملاج، وفي الكلب صائد.. فإنه يجوز؛ لكونه وصفاً مرغوباً فيه، كذا ذكره الطحاوي.

سلمنا أنه اشتراط في وصف لا في مقدار من المبيع، ولكنه مجهول يؤدي إلى المنازعة فيفسد، وإذا ثبت أن الشرط فيما نحن فيه ـ وهو مسألة الكتاب ـ شرط في وصف مرغوب فيه.. ففواته يوجب التخيير؛ لما ذكرناه، ولا يفسد العقد؛ لأن الاختلاف هنا رجع إلى اختلاف النوع؛ لقلة التفاوت في الإعراض، فلا يفسد العقد بعدم ذلك الوصف.

والأصل ههنا: أن الاختلاف الحاصل بالوصف إن كان مما يوجب التفاوت الفاحش في الأعراض.. كان راجعاً إلى النوع؛ كما في المثال المذكور في الكتاب.. فلا يفسد، لكنه يوجب التخيير؛ لفوات وصف [٣٦/أ] السلامة.

ولو اشترى جارية على أنها حامل.. قيل: لا يجوز؛ كما في الناقة والشاة.

وقيل: يجوز؛ لأن الحبل في الجواري عيب، بخلاف البهائم، فكان ذكره للبراءة عن هذا العيب.

واعلم: أنه إذا شرط في المبيع ما يجوز اشتراطه فوجده بخلافه:

فتارة يكون البيع فاسداً.

وتارة يستمر على الصحة ويثبت للمشتري الخيار.

وتارة يستمر على الصحة، ولا خيار للمشتري، وهو ما إذا وجده خيراً مما شرطه.

والأصل فيه: على ما في «البحر» عن «المجتبى»: أن الإشارة مع التسمية إذا اجتمعا في البيع؛ فإن كان المشار إليه من خلاف جنس المسمى.. فالعقد فاسد، وإن كان من جنسه.. فالعقد جائز.

ثم إن كان المشار إليه دون المسمى.. كان الخيار للمشتري، وإلا.. فلا خيار له.

والثياب، والذكر والأنثى في بني آدم: جنسان حكماً، وفي سائر الحيوانات: جنس واحد.

فإذا اشترى ثوباً على أنه إسكندري فوجده بلدياً أو هندياً فوجده مرويًّاً، أو كتان فوجده قطناً، أو أبيض فوجده مصبوغاً، أو مصبوغ بعصفر فإذا هو بزعفران، أو داراً على أنَّ بناءها آجر فوجده لبناً، أو على أن لا بناء أو لا نخل فيها فوجد فيها بناء أو نخلاً، أو أرضاً على أن جميع أشجارها مثمرة فوجد واحدة غير مثمرة.. فالبيع فاسد في جميع ذلك؛ لفحش التفاوت في الأعراض؛ لأنها أجناس.

وكذا لو اشترى على أنه عبد؛ فإذا هو جارية، أو فُصٍّ على أنه ياقوت فإذا هو زجاج.. يفسد البيع؛ لتفاوت الجنسين.

ولو اشترى جارية على أنها مولدة الكوفة فإذا هي مولدة بغداد، أو غلاماً على أنه تاجر أو كاتب فإذا هو لا يحسنه، أو على أنه فحل فإذا هو خصي، أو عكسه، أو على أنها بغلة فإذا هو بغل، أو ناقة فكان جملاً، أو لحم معز فكان لحم ضأن، أو على عكسه، ونحو ذلك.. فالبيع جائز في كلها، فللمشتري الخيار.

....

ولو اشترى على أنه بغل فوجده بغلة، أو حمارٌ أو بعيرٌ فوجده أتاناً أو ناقة، أو جارية على أنها رتقاء أو حبلى أو ثيب؛ فإذا هي بخلافه.. جاز، ولا خيار له؛ لأنه خير من الأول.

ولو باع داراً بما فيها من الجذوع والخشب والأبواب والنخيل؛ فإذا هو ليس فيها شيء من ذلك.. جاز البيع، ولا خيار للمشتري. كذا في «فتح القدير».

وذكر في «البحر» نقلاً عن «البدائع»: اشترى جارية على أنها مغنية؛ إن شرطه على وجه الرغبة فيه.. فسد البيع؛ لكونه شرط ما هو محظور محرم، وإن شرط في البيع على وجه التبري من العيب.. لا يفسد؛ فإن لم يجدها [٣٦/ب] مغنية.. لا خيار له؛ لأنه وجدها سالمة عن العيب.

ولو باع جارية على أنها ما ولدت، فظهر أنها ولدت.. فله ردها.

ولو اشترى كرباساً على أن سداه ألف، فإذا هو ألف ومائة.. سلم الثوب إلى المشتري؛ لأنه زيادة وصف، وفي عكسه: خير المشتري؛ لأنه اختلاف نوع لا جنس.. فلا يفسد.

* * *

(فَصْلٌ)

مَنِ اشْترى مَا لم يَرهُ.. جَازَ، وَله ردُّه إِذا رَآهُ، ....

(فَصْلٌ)

في بَيَانِ خِيَار الرُّؤْيَة

والإضافة فيه من قبيل إضافة الشيء إلى شرطه؛ لأن الرؤية شرط ثبوت الخيار، وعدم الرؤية هو السبب لثبوت الخيار عند الرؤية.

واعلم: أن خيار الرؤية لا يثبت إلا في أربعة أشياء:

في الشراء، والإجارة، والقسمة، والصلح عن دعوى المال على شيء بعينه، كذا في «البحر» نقلاً عن «المعراج».

(**من اشترى ما لم يره**) بأن يقول الرجل لغيره: بعتك الثوب الذي في كمّي هذا وصفته كذا، والدرة التي في كمّي وصفتها كذا، أو لم يذكر الصفة، أو يقول: بعت منك هذا الجارية المتنقبة.. فإنه جائز.

وكذلك العين الغائب المشار إلى مكانه، وليس في ذلك المكان بذلك الاسم غير ما سمى، والمكان معلوم باسمه، والعين معلومة أيضاً؛ بأن يقول: بعتك فرسي كذا في مكان كذا وليس في ذلك المكان غير ذلك الفرس، وهذا لأن الكلام في عين هو بحال لو كانت الرؤية حاصلة.. لكان البيع جائزاً بالإجماع.

(.. **جاز**) البيع في هذه الصور كلها.

(**وله**) أي للمشتري (**ردُّه إذا رآه**)؛ لثبوت الخيار له.

هذا عندنا.

وقال الشافعي: لا يجوز العقد؛ لأن المبيع مجهول، والمجهول لا يجوز بيعه؛ كالبيع بالرُّقم.

ولنا: قوله ﷺ: «من اشترى شيئاً لم يره.. فله الخيار إذا رآه»، والجهالة

الحاصلة من عدم الرؤية لا تفضي إلى المنازعة مع وجود الخيار؛ فإنه إذا لم يوافقه.. ردّه، وإنما أفضت إليها لو قلنا بإبرام العقد، ولم نقل به.. فصار كجهالة الوصف في المعاين المشار إليه؛ بأن اشترى ثوبا مشاراً إليه غير معلوم ذرعانه.. فإنه يجوز؛ لكونه معلوم العين وإن كان ثمة جهالة؛ لكونها لا تفضي إلى المنازعة.

واعترض بوجهين:

أحدهما: أن الحديث المذكور معارض بحديث حكيم بن حزام، وهو: أنه قال ﷺ: «لا تبع ما ليس عندك»، والمراد: ما ليس بمرئي للمشتري؛ لإجماعنا على أن المشتري إذا كان رآه.. فالعقد جائز وإن لم يكن حاضراً عند العقد.

والثاني: أن البيع نوعان: بيع عين، وبيع دين؛ كما في السَّلَم.

وطريق المعرفة في الثاني: هو الوصف بأن ذكر وصف المُسلَم فيه.

وفي الأول: المشاهدة، ثم ما هو طريق إلى الثاني إذا تراخى عن حالة العقد بأن لم يذكر الوصف حين العقد.. فسد البيع، فكذا ما هو طريق إلى الأول وهو المشاهدة، إذا تراخى عن العقد.. فسد البيع.

وأجيب عن الأول: بأن المراد به النهي عن بيع ما ليس في ملكه، لا بيع ما لم يره المشتري؛ بدليل قصة الحديث؛ فإن حكيم بن حزام قال: يا رسول الله؛ إن الرجل يطلب مني سلعة ليست عندي فأبيعها منه، ثم أدخل السوق فاستجيدها فاشتريها، فأسلمها إليه، فقال: ﷺ: «لا تبع ما ليس عندك»، وقد أجمعنا على أنه لو باع عيناً مرئياً لا يملكه، ثم ملكه فسلم.. لم يجز، وذلك دليل واضح على أن المراد به ما ليس عنده في ملكه.

فإن قيل: قد تقرر أن النهي في المشروعات يقتضي القبح لغيره عندنا، وبيع ما ليس في ملكه باطل، فيكون قبحه لعينه، فكيف يصح حمل النهي في الحديث على بيع ما ليس في ملكه؟

ما لم يوجدْ مَا يُبطلُهُ، وَإِن رَضِيَ قبلَهَا.

قلنا: ذلك فيما إذا لم يكن قرينة على القبح لعينه، وأما إذا كان قرينة عليه.. فيحمل عليه كما في الحديث المذكور؛ فإن قصة الحديث قرينة عليه، فيكون النهي فيه مجازاً عن النفي.

والثاني: أن السلم إنما لا يجوز عند ترك الوصف؛ لإفضائه إلى الجهالة المفضية إلى المنازعة، وما نحن فيه ليس كذلك؛ لعدم إفضاء الجهالة فيه إلى المنازعة.

(**ما لم يوجد ما يبطله**) أي: الخيار.

فيه إشارة إلى أنّ خيار الرؤية غير مؤقت بوقت معين على ما دل عليه النصوص.

(**وإن**) وصليّة (**رضي**) العقد بأن قال: رضيت كائناً ما كان (**قبلها**) أي قبل الرؤية؛ لأن ثبوت الخيار معلق بالرؤية على ما روينا، والمعلق بالشيء لا يثبت قبله، وإسقاط ما لم يثبت: لغو، ولأنه لو لزم العقد بالرضاء قبل الرؤية.. لزم امتناع الخيار عندهما، وذلك باطل؛ لأنه ثبت بالنص على ما روينا في: «... أدى إلى الباطل: باطل».

فإن قيل: ما الفرق بين الفسخ قبل الرؤية والإجازة قبلها حتى لزم الفسخ قبلها دون الإجازة؟ فإنه إذا رضي قبل الرؤية.. لا يلزم، وإذا فسخ قبلها.. لزم، مع استواء نسبة التصرفين في تعلّقهما بالشرط الحديث، ولا وجود للمعلق قبل الشرط.

أجيب عنه: بما حاصله على ما حققه ابن الهمام: أن المعلق بالشرط هو العدم قبل وجود الشرط إذا لم يكن له سبب غير ذلك الشرط؛ فإن الشيء لا يثبت بأسباب كثيرة، فالحديث المذكور لما علّق الخيار بالرؤية.. ثبت به تعليق كلّ من الإجازة والفسخ بها؛ لأن معنى الخيار: أنّ له أن يجيز وأن يفسخ، ثم لم يثبت الإجازة بسبب آخر، فبقي على العدم حتى يثبت سببه وهو الرؤية.

وَلَا خِيَارَ لمن بَاعَ مَا لم يرَهُ.

بخلاف خيار العيب؛ فإن سببه [٣٧/ب] وهو العيب قائم قبل الرؤية؛ فإذا قال: رضيت به قبل الرؤية.. سقط خيار العيب إذا أطلق عليه؛ لرضاه بالعيب قبل ذلك.

وأما الفسخ.. فيثبت له سبب آخر وهو عدم لزوم هذا العقد على المشتري، وما كان غير لازم عليه.. له أن يفسخه بالضرورة؛ كالعارية والوديعة والوكالة؛ فإن لكلّ من العاقدين أن يفسخ هذه العقود باعتبار عدم لزومها وإن لم يكن له خيار، لا شرطاً ولا شرعاً، وإلّا.. فيكون لازماً، وقد فرض أنه غير لازم، هذا خلف.

واعلم: أنّ ما ذكرناه من الفرق بين الرضاء والفسخ قبل الرؤية؛ من أن الرضاء قبلها: غير لازم، والفسخ: لازم، من غير نقل خلاف في الفسخ.. هو مسلك الطحاوي، واختاره صاحب «الهداية»، وأكثر المشايخ، لكنه نقل في «التحفة» اختلاف المشايخ في جواز الفسخ، ومنهم من منعه.

وقال في «فتح القدير»: لمن يمنع الفسخ قبل الرؤية.. أن يمنع وجود سبب آخر غير الرؤية، وقولكم عدم اللزوم.. سبب آخر قبل الرؤية.

قلنا: نمنع تحقق عدم اللزوم قبلها، بل نقول: قبل الرؤية البيع بات، فليس له فسخه؛ فإن الشارع علق إثبات قدرة الفسخ والإجازة معاً.

(ولا خيار لمن باع ما لم يره)، وذلك بأن ورث عيناً من الأعيان في بلدة أخرى مثلاً، فباعها قبل أن يراها.. فلا خيار له.

وكان أبو حنيفة يقول أولاً: له الخيار؛ اعتباراً بالمشتري وبخيار العيب؛ فإنه يثبت للبائع، حتى جاز له أن يرد الثمن بالزيافة وبخيار الشرط؛ فإنه يجوز لهما أيضاً، ولأن لزوم العقد بتمام الرضاء من الجانبين، إلا في جانب البائع ثبوتاً في جانب المشتري، ولا يتحقق تمام الرضاء إلّا بالعلم بأوصاف المبيع، وذلك لا يتحقق إلا بالرؤية؛ فإن الرؤية تحصل الاطلاع على دقائق لا تحصل بالعبارة، فلم يكن البائع راضياً بالزوال عن ملكه، فيكون العقد غير لازم من جهته.. فله الفسخ.

ثم رجع عنه وقال: لا خيار للبائع، بل هو للمشتري فقط، واحتج بوجهين:

أحدهما: أنه معلق بالشراء فيما روينا، فلا يثبت دونه.

واعترض عليه أولاً: بأن البائع مثل المشتري في الاحتياج لتمام الرضاء، فيلحق به دلالة.

أجيب: بأنهما ليسا سيان فيه؛ لأن الرد من جانب المشتري باعتبار أنه كان يظنه خيراً بما اشترى، فيردّه لفوات الوصف المرغوب فيه، والبائع لو ردّ لردّه باعتبار أن المبيع أزيد مما ظن، فصار كما لو باع بشرط أنه معيب؛ فإذا هو صحيح.. لم يثبت للبائع خيار، وإذا لم يكن في معناه.. لا يلحق به.

وثانياً [٣٨/أ] بأن المعلق بالشرط قد يوجد قبل وجود الشرط بسبب آخر، وههنا وجد القياس على المشتري وخيار العيب والشرط.. فليجز من البائع أيضاً.

وأجيب: بأنه ثابت بالنص غير معقول المعنى.. فلا يجوز فيه القياس، سلّمناه، لكن القياس على مخالفة الإجماع باطل، وحكم جبير بن عثمان وطلحة كان بمحضر من الصحابة ولم ينكره أحد.. فكان إجماعاً، **وهذا هو الوجه الثاني من وجهي المرجوح إليه.**

بيانه: أن عثمان باع أرضاً له بالبصرة من طلحة بن عبيد الله، فقيل لطلحة: إنك غبنت، فقال: لي الخيار؛ لأني اشتريت ما لم أره، وقيل لعثمان أيضاً: غبنت، فقال: لي الخيار؛ لأني بعت ما لم أره.. فحكّما جبير بن مطعم، فقضى بالخيار لطلحة، وكان ذلك بمحضر من الصحابة ولم ينكره أحد.. فصار إجماعاً سكوتياً.

ثم خيار الرؤية هل يتوقف أم لا؟

قيل: نعم.

وقيل: لا.

وَيُبْطِلُ خِيَارَ الرُّؤْيَةِ مَا يُبْطِلُ خِيَارَ الشَّرْطِ ....

وقال: من قال بالتوقيت: إنه مؤقت بقدر ما يتمكن فيه من الفسخ؛ فإذا تمكن من الفسخ بعد الرؤية فلم يفسخ.. بطل خياره ولزم البيع فيه.

والمختار: أنه لا يتوقت، بل يبقى إلى أن يوجد ما يبطله.

وأشار إلى ما يبطله فقال: (**ويبطل خيار الرؤية ما يبطل خيار الشرط**)، وفيه ذكر ما يبطل خيار الشرط في بابه.

والضابط في ذلك: أن المشتري بالخيار إذا فعل في المبيع ما يلحق به مرّة، ويحلّ ذلك في غير الملك بحال لا يكون ذلك دليل الاختيار، وإلّا.. تبطل فائدة الخيار؛ لأنها إمكان الرد عند عدم الموافقة بعد الامتحان؛ فإن لزمه البيع بفعل ما يمتحن به أول مرة.. فأتت فائدة الخيار.

ويعلم من هذا: أنه إذا فعل ما لا يمتحن به، أو يمتحن به لكنه لا يحل في غير الملك بحال لو يمتحن به ويحل في غير الملك، لكن فعله مرّة ثانية.. كان ذلك دليل الاختيار، فعلى هذا: إذا اشترى جارية للخدمة بالخيار، فاستخدمها مرة.. لم يبطل خياره؛ لأنه مما يمتحن به، و يحل في غير الملك في الجملة بإجازة المالك؛ فلو استخدمها ثانية في ذلك النوع من الخدمة.. كان اختياراً للملك؛ لعدم الحاجة إليها لحصول؛ الامتحان بالأولى، ولو وطئها.. بطل خياره؛ لأنه وإن كان مما يمتحن به؛ لأن صلاحها للوطء قد لا يعلم بالنظر، لكن لا يحل الوطء في غير الملك.. فكان اختياراً له؛ فإن قيل: إن كلية قوله: «ويبطل خيار الرؤية ما يبطل خيار الشرط» منقوض بمسألتين:

إحداهما: أنه لو اشترى داراً لم يرها فبيعت بجنبها دار فأخذها بالشفعة.. لم يبطل خيار الرؤية في ظاهر الرواية [٣٨/ب]، وبطل خيار الشرط.

والثانية: إذا عرض المبيع بشرط الخيار على البيع.. بطل خيار الشرط، ولا يبطل خيار الرؤية.

مـن تعييـبٍ أو تعيـبٍ فِـي يَـده، وَتعـذرِ ردٍّ بعضِـهِ وَمـن تصـرفٍ لَا يفْسـخُ كالإِعتاقِ وتوابِعه، أَو يُوجبُ حَقاً للْغَيْر كَالْبيعِ المُطلقِ، ....

وأجيب عنه بوجهين:

أحدهما: أن الأصل فيهما هو أن خيار الرؤية لا يبطل بصريح الرضاء قبل الرؤية على ما تقدم.. فلا يبطل؛ بدليل الطريق الأول؛ لأنه دونه، ثم الأخذ بالشفعة والعرض على البيع دليل الرضاء.. فلذلك لا يعملان في إبطال خيار الرؤية.

والثاني: أن هذا النقض إنما يرد لو كان ذلك القول كلياً، وليس كذلك، بل هو مقيد بما بعده من قوله: «من تعييب أو تعيب». انتهى.

والأخذُ بالشفعة والعرضُ على البيع ليسا من التصرف في المبيع.. فلا يكونان واردين. تأمل.

واعلم: أن التصرف الذي يبطل خيار الرؤية على ضربين:

تصرف يبطله قبل الرؤية وبعدها.

وتصرف لا يبطله قبل الرؤية، ويبطله بعدها.

أما الأول: فهو الذي لا يمكن دفعه؛ كالإعتاق والتدبير والكتابة، أو الذي يوجب حقاً للغير كالبيع المطلق عن خيار الشرط، والبيع بخيار الشرط للمشتري الثاني، والرهن والإجارة.

وأشار إلى هذا الضرب بقوله: (من تعييب) أي: تعييب المشتري المبيع قبل رؤيته أو بعدها.

(أو تعيب) أي: المبيع بنفسه (في يده) أي: يد المشتري (وتعذر رد بعضه) بأن هلك بعضه في يده أو تعيب.

(ومن تصرفٍ لا يفسخ؛ كالإعتاق وتوابعه) من التدبير أو الكتابة (أو) تصرف (يوجب حقاً للغير كالبيع المطلق) عن خيار الشرط، وكالبيع بخيار الشرط للمشتري

وَالرَّهْنِ، وَالْإِجَارَة قبلَ الرُّؤْيَة وَبعدَهَا.

وَمَا لَا يُوجب حَقاً للْغَيْر؛ كَالْبيعِ بِالْخِيَارِ ....

الثاني على ما في «العناية »؛ لأن خيار البائع أي المشتري الأول.. لا يمنع خروج المبيع عن ملكه.

(**والرهن والإجارة قبل الرؤية وبعدها**) أي: كل من هذه المذكورات يبطل خيار الرؤية قبل الرؤية وبعدها؛ لأن بعضها لا يقبل الفسخ؛ كالإعتاق وتوابعه، والتعيب من هذا القبيل، وبعضها يوجب حقاً للغير؛ كالبيع المطلق وأخويه.. فيمتنع الرد، وإذا امتنع الرد.. بطل الخيار مطلقاً.

فإن قيل: إن بطلان الخيار قبل الرؤية مخالف لما مر من نص الحديث؛ أعني: «فله الخيار إذا رآه»، وإن هذه التصرفات؛ إما صريح الرضاء أو دلالته، وخيار الرؤية لا يبطل بشيء منهما.. فكذا بهذه التصرفات.

أجيب عن الأول: بأن ذلك فيما أمكن العمل بحكم النص، وهذه التصرفات لما انعقدت صحيحة.. فلا يمكن رفعها، فيبطل الخيار ضرورة، فيكون قوله ﷺ: «فله الخيار إذا رآه» مقيداً بما لم يوجب موجب شرعي عدمه إذا رآه.. فيكون من قبيل العام الذي خص منه البعض بالمخصص العقلي، والعام الذي خص منه البعض بالعقل.. يكون حجة قطعية في الباقي عندنا، على ما في الأصول.

وعن الثاني: بأن دلالة الرضاء لا تربو على صريحه إذا لم تكن من ضرورات صريح آخر، وههنا الدلالة من ضرورات صحة التصرفات المذكورة، والقول بصحتها مع انتفاء لوازمها محال.

وأوضح من هذا الجواب: أن يقال: ليس بطلان الخيار ههنا لدلالة الرضاء أو صريحه، بل لضرورة تعذر فسخ هذه التصرفات على ما يدل عليه كلام بعض المشايخ.

ثم أشار إلى الضرب الثاني بقوله: (**وما**) أي: تصرف (**لا يوجب حقاً للغير؛ كالبيع بالخيار**) أي: بخيار الشرط للبائع.

والمساومةِ وَالْهِبَةِ بِلَا تَسْلِيمٍ.. يبطلُ بعْدهَا لَا قبلهَا.
وكَفَتْ رُؤْيَةُ وَجهِ الرَّقِيقِ وَالدَّابَّةِ وَكَفَلِها.

(**والمساومة**) أي: العرض على البيع.

(**والهبة بلا تسليم.. يبطل بعدها، لا قبلها**) لأن هذه التصرفات من قبيل دلالة الرضاء، وصريح الرضاء لا يبطل قبلها.. فدلالتها أولى فيما إذا لم تكن من ضرورات صريح آخر؛ كالتصرفات السابقة، بخلاف ما بعد الرؤية؛ لأن صريح الرضاء يبطل بعدها.. فكذا دلالته.

ثم لما ذكر ما يبطل به خيار الرؤية.. شرع في ذكر ما يسقط به ذلك، والأصل فيه: أن رؤية جميع أجزاء المبيع غير مشروط في إسقاط خيار الرؤية لتعذره عادة وشرعاً.

وإلا.. لجاز النظر إلى كل عورة وإلى ما حرم النظر إليه، ولا قائل بذلك.. فيكتفى برؤية ما هو المقصود؛ فإذا رآه.. جعل غير المرئي كالمرئي تبعاً له؛ فإذا سقط الخيار في الأصل.. سقط في التبع، فقال: (**وكفت**) أي: في إسقاط خيار الرؤية (**رؤية وجه الرقيق**) عبداً أو جارية؛ لأن المقصود من الآدمي: هو الوجه، وفي دراية جميع بدنه تعذُّر، ويستلزم كشف العورة؛ فإذا رأى وجه الجارية أو العبد ثم اشتراه فرأى الباقي.. فلا خيار له، فليس له ردُّه بخيار الرؤية، بخلاف ما لو رأى بطنها أو ظهرها وسائر أعضائها إلا الوجه.. فإن له الخيار إذا رأى وجهها؛ لأن سائر الأعضاء في العبيد والإماء تبع للوجه، ولذا تتفاوت القيمة بتفاوت الوجه مع تساوي سائر الأعضاء.

(و)كفت رؤية وجه (**الدابة وكَفَلِها**) بفتحتين، هو: عجزها؛ لأن المقصود في الدواب هو الوجه والكفَل، فيسقط برؤيتهما.. لا برؤية غيرهما، وهذا هو المروي عن أبي يوسف.

وقيل: شرط رؤية القوائم أيضاً.

وَفِي شَاةِ اللَّحْمِ.. لَا بُدَّ من الجَسِّ.

وَفِي شَاةِ «القُنيةِ»: لَا بُدَّ من رُؤْيَةِ الضَّرعِ.

ورؤيةُ ظَاهرِ الثَّوْبِ إِن لم يكنْ مُعلَّماً كَافِيَةٌ، ورؤيةُ عَلَمِهِ إِنْ معلَّماً.

ونقل صاحب «الأجناس» عن «المجرد»: عن أبي حنيفة في الدابة: إذا رأى عنقها أو فخذها أو ساقها أو جنبها أو صدرها.. ليس له خيار.

وإن رأى حوافرها أو ناصيتها.. فله الخيار.

وعن محمد: يكفي رؤية الوجه؛ اعتباراً بالعبد.

وفي رواية المعلى عن أبي حنيفة: يعتبر في الدواب عرف التجار.

(**وفي شاة اللحم.. لا بد من الجس**) أي المسّ باليد؛ لأن المقصود لا يحصل إلّا به، فلا يكتفى بالرؤية بدون الجس.

(**وفي شاة القنية**) قال في «المغرب»: أقتنيت المال: اتخذته لنفسي قنية؛ أي: أصل مال للنسل لا للتجارة (**..لا بدّ من رؤية الضرع**)؛ لأن المقصود لا يحصل إلّا بها.

(**ورؤية ظاهر الثوب**) إن كان واحداً أو مطوياً، وإلّا.. فلا بد من رؤية كلها في سقوط الخيار.

(**إن لم يكن معلماً، كافية.. ورؤية علمه إن**) كان (**معلماً**) لحصول المقصود بها، قال في «فتح القدير»: إذا رأى وجه الثوب مطوياً.. يكفي؛ لأن البادي يعرّف ما في الطي؛ فلو شرط فتحه.. لتضرر البائع بتكسّر ثوبه ونقصان بهجته، وبذلك ينقص ثمنه عليه.

اللهم، إلا أن يكون له وجهان.. فلا بد من رؤية كلا الوجهين، أو يكون في طيه ما يقصد بالرؤية كالعلم.

ثم قيل: هذا في عرفهم؛ أما في عرفنا.. فما لم ير باطن الثوب لا يسقط خياره؛ لأنه استقر اختلاف الباطن والظاهر في الثياب، وهو قول زفر، وفي «المبسوط» الجواب على ما قال زفر.

وفي البسائط لابد من رؤية جميعه.

ولو نظر إلى ظهور المكاعب.. لا يبطل خياره، ولو نظر إلى وجهها دون الصرم.. يبطل.

قيل: ينبغي أن ينظر إلى الصرم في زماننا؛ لتفاوته وكونه مقصوداً.

وفي الجبّة لا يبطل خياره برؤية باطنها، ويبطل برؤية ظاهرها، إلا إذا كانت البطانة مقصودة بأن كان بها فرو.

وأما الوسادة المحشوة إذا رأى ظاهرها؛ فإن كانت محشوة مما يحشى به مثلها.. يبطل خياره، وإن كان مما لا يحشى به مثلها.. فله الخيار.

هذا كله إذا كان المبيع واحداً؛ فإن كان متعدداً؛ فإن كانت آحاده مما لا تتفاوت كالمكيل والموزون.. فيكتفى برؤية واحد منها في سقوط الخيار، إلا إذا كان الباقي أردى مما رأى.. فحينئذٍ يكون له الخيار؛ يعني: خيار العيب، لا خيار الرؤية، على ما ذكره في «الينابيع».

وذكر في «الكافي»: إذا كان أردى.. له الخيار؛ لأنه إنما رضي بالصفة التي رآها لا بغيرها.

وهذا التعليل يفيد أنه خيار الرؤية، وهو مقتضى كلام «الهداية».

والتحقيق على ما ذكره ابن الهمام: أنه في بعض الصور: خيار عيب، وهو ما إذا كان الاختلاف يوصله إلى اسم المعيب.

وفي بعض الصور: خيار رؤية، وهو ما إذا كان الاختلاف لا يوصله إلى اسم المعيب.

وقد يجتمعان؛ كما إذا اشترى ما لم يره، فلم يقبضه حتى ذكر له البائع عيباً، [٤٠/أ] ثم أراه المبيع في الحال.

ورؤيةُ دَاخلِ الدَّارِ وإنْ لم يُشَاهِدْ بيوتُها.

وَعند زفرَ: لَا بُدَّ من مُشَاهدَةِ البيُوتِ، وَعَلِيهِ الفَتْوَى اليَوْمَ.

وإن كانت آحاده متفاوتة كالثياب والدواب والعبيد.. فلا بد من رؤية كل واحد على حسب ما هو المقصود منه.

(**ورؤية داخل الدار وإن**) وصلية (**لم يشاهد بيوتها**) لحصول المقصود بها، (**وعند زفر**) وهو قول ابن أبي ليلى: (**لا بد من مشاهدة البيوت، وعليه الفتوى اليوم**)؛ لأن مرافقها تختلف، فلا بد من رؤية ذلك كله؛ كذا علّلوه، لكنه غير مفيد ما لم يقل: وإن كل المرافق مقصودة، وإلا.. فلا تأثير لكثرة المرافق على ما ذكرناه آنفاً من الأصل في الباب.

قال في «الهداية»: وإن رأى صحن الدار.. فلا خيار له وإن لم يشاهد بيوتها.

وقال في «العناية» و«فتح القدير»: وكذا إذا رأى خارج الدار أو رأى أشجار البستان من خارج؛ لأن النظر إلى جميع أجزائها متعذر؛ إذ لا يمكن النظر إلى ما تحت السرة وإلى ما بين الحيطان من الجذوع من الدار، وكذا عروق الأشجار وأغصانها كلها.. فيكتفى برؤية المقصود منها.

وعند زفر: لا بد من دخول البيوت.

والأصح: أن جواب صاحب «الهداية» وهو ما ذكره المصنف أولاً على وفق عادتهم في الأبنية في الكوفة؛ فإن دورهم لم تكن متفاوتة، وأما في ديارنا.. فلا بد من الدخول داخل الدار كما قال زفر؛ لتفاوت الدور بكثرة المرافق وقلتها؛ كالصيفي والشتوي.. فلا يصير معلوماً بالنظر إلى صحنها وهو الصحيح.

وهذا لا يفيد، إلا أن يقال: وكل من ذلك مقصود.

وعلى هذا: ما ذكروه من أنه لا يشترط رؤية العلو إلا في بلد يكون العلو مقصوداً كما في سمرقند.

ولا يشترط رؤية المطبخ والمزبلة، على خلاف بلادنا بديار مصر.

وشرط بعضهم رؤية الكل، وهو الأشبه والأظهر كما قال الشافعي، وهو المعتبر بديار مصر والشام والعراق.

وأما ما ذكروه في الأشجار من الاكتفاء برؤية رؤوس الأشجار ورؤية خارجه.. فقد أنكر بعض مشايخنا هذه الرواية، وقال: المقصود من البستان باطنه.. فلا يكتفى برؤية ظاهره.

وذكر قاضي خان في «الجامع»: لا يكتفي برؤية الخارج ورؤوس الأشجار.

وقالوا: لا بد في الكرم من عنب الكرم من كل نوع شيئاً.

وفي الرمان: لا بد من رؤية الحلو والحامض.

ولو اشترى دهناً في زجاجة.. فرؤيته من خارج الزجاجة لا تكفي حتى يصبيه في كفه عند أبي حنيفة؛ لأنه لم ير الدهن حقيقة لوجود الحائل.

وعن محمد: يكفي؛ لأن الزجاج لا يخفي صورة الدهن.

وروى هشام: أن قول محمد موافق لقول أبي حنيفة.

وفي «التحفة»: لو نظر في المرآة فرأى المبيع.. قالوا: لا يسقط [٤٠/ب] خياره؛ لأنه ما رأى عين المبيع، بل مثاله.

ولو اشترى سمكاً في الماء يمكن أخذه من غير اصطياد فرآه في الماء.. قال بعضهم: يسقط خياره؛ لأنه رأى عين المبيع.

وقال بعضهم: لا يسقط.

قيل: وهو الصحيح؛ لأن المبيع لا يرى في الماء على حاله، بل يرى أكبر مما هو، فهذه الرؤية لا تعرف المبيع.

وأما إذا كان المبيع مغيباً في الأرض كالجزر والبصل والثوم والفجل ونحوها.. لم يذكر في ظاهر الرواية، وروى بشر عن أبي يوسف: إن كان شيئاً يكال أو يوزن بعد القلع كالثوم والبصل وبصل الزعفران والشلجم؛ إن باعه بعدما نبت نباتاً يفهم به

وَإِن رأى بعضَ المَبِيعِ.. فَلَهُ الخِيَارُ إذا رأَى بَاقِيهِ.

وَمَا يُعَرَضُ بالنَّموذجِ كالمكيلِ وَالْمَوْزُونِ.. فرؤيةُ بعضِهِ كرؤيةِ كُلِّهِ.

وجوده تحت الأرض.. جاز البيع؛ فإن قلع البعض؛ هل يثبت له الخيار حتى إذا رضى به يلزم البيع في الكل؟ فإن قلع البائع أو المشتري بإذن البائع.. يثبت به الخيار، فلو رضي به.. لزم البيع في الكل لما مر، وسيأتي منه أن رؤية بعض المكيل أو الموزون كرؤية الكل.

وإن قلعه المشتري بغير إذنه؛ إن كان المقلوع شيئاً له ثمن.. بطل خياره في الكل، فلم يكن له أن يرد، رضي بالمقلوع أو لم يرض، وجد في ناحية أخرى من الأرض أقل منه أو لم يوجد شيء؛ لأن بالقلع صار المقلوع معيباً؛ لأنه كان حياً ينمو، وبعده صار مواتاً، والعيب في يد المشتري يمنع الرد بخيار الرؤية.

وإن كان المقلوع شيئاً لا ثمن له.. لا يبطل خياره؛ لأن وجوده كعدمه.

وإن كان شيئاً يباع عدداً؛ إن قلعه البائع أو المشتري بإذنه.. له الخيار في الباقي، حتى لو رضي به.. لا يلزم البيع في الكل؛ لأنه عددي متفاوت، فرؤية بعضه لا يكون ككلّه.

وإن قلعه المشتري بغير إذن البائع.. بطل خياره.

وفي «الخلاصة» و«الفتح»: وهو المختار.

(**وإن رأى بعض المبيع.. فله الخيار إذا رأى باقيه**) أي: إن كان المبيع متفاوتاً؛ لأن رؤية البعض حينئذٍ لا تعرِّف الباقي؛ للتفاوت في الآحاد، فلا بد من رؤية الكل في سقوط الخيار.

(**وما يعرض بالنموذج**) قال في «المصباح»: الأُنموذج بضم الهمزة: ما يدل على صفة الشيء، وهو معرب، وفي لغة: نَموذَج بفتح النون والذال معجمة مفتوحة مطلقاً. انتهى.

(**كالمكيل والموزون.. فرؤية بعضه كرؤية كله**)، فيسقط الخيار برؤية بعضه.

قال في «فتح القدير»: سقوط الخيار برؤية البعض في المكيل: إذا كان في وعاء واحد؛ أما إذا كان في وعاءين أو أكثر.. اختلفوا فيه؛ فمشايخ العراق: على أن رؤية أحدهما كرؤية الكل، ومشايخ بلخ: لا يكفي، بل لا بد من رؤية كل وعاء [٤١/أ].

والصحيح: أنه يبطل برؤية البعض؛ لأنه يعرف حال الباقي.

هذا إذا ظهر له أنّ ما في الوعاء الآخر مثله أو أجود؛ أما إذا كان أردأ.. فهو على خياره.

وإن كان مما تتفاوت آحاده كالبطيخ أو الرمان.. فلا يكفي رؤية بعضها في سقوط خياره في الباقي ولو قال: رضيت أو أسقطت خياري.

وفي شراء الرّحاء بالأمة.. لا بدّ من رؤية الكلّ.

وكذا السرج بأداته ولبده.. لا بد من رؤية الكل.

والجملة ههنا: أن المبيع؛ إما أن يكون شيئاً واحداً، أو أشياء متعددة. والثاني: إما أن يكون متفاوت الآحاد، أو لا.

وعلامة عدم تفاوت الآحاد: أن يعرض بالنموذج، إلا أن يكون الباقي أردأ.. فكان الأقسام ثلاثة.

فإن كان الأول: فليس رؤية الجميع شرطاً لبطلان خيار الرؤية؛ لأن رؤية الجميع قد تكون متعذرة؛ كما إذا كان عبداً أو جارية أو ثوباً مطوياً على ما تقدم.

وإن كان الثاني: كالثياب والدواب والبيض والجوز في رواية الكرخي.. فلا بد من رؤية كل واحد؛ لأن رؤية البعض لا يعرف الباقي لتفاوت الآحاد.

وإن كان الثالث: كالمكيل والموزون والعددي المتقارب والجوز والبيض في بعض الرواية.. يكتفى برؤية واحد منها؛ لأن رؤية البعض يعرف الباقي؛ لعدم التفاوت، فعلى هذا: إذا نظر إلى وجه الصبرة.. بطل الخيار؛ لأنه يعرف الباقي؛ لأنه مكيل يعرض بالنموذج.

وَفِيمَا يُطْعَم.. لَا بُدَّ من الذَّوْقِ.

وَنظرُ الوَكِيلِ بِالشِّرَاءِ أَو القَبْضِ كافٍ، لَا نظرُ الرَّسُولِ.

وَعِنْدَهُمَا: هُوَ كَالْوَكِيلِ.

(**وفيما يطعم: لا بد من الذوق**)؛ لأنه المعرف لما بقي، ولا يحصل المقصود إلّا به.

(**ونظر الوكيل بالشراء أو القبض كاف**) في سقوط خيار الرؤية، حتى لو نظر الوكيل بالشراء أو القبض إلى المبيع مكشوفاً.. لا يردّه المشتري على البائع إلّا بعيب؛ علمه الوكيل أو لم يعلمه.

وعن أبي جعفر: أنه إذا كان عيباً علمه الوكيل.. يجب أن يبطل خيار العيب أيضاً.

(**لا نظر الرسول**)؛ فللمشتري أن يردّه بعد رؤية الرسول.

قيل: صورة التوكيل بالشراء أن يقول الموكل: وكلتك بشراء ذلك، أو أمرتك، أو كن وكيلاً عني بشرائه.

وصورة التوكيل بالقبض: كن وكيلاً عني بقبض ما اشتريته ولم أره، أو وكلتك بقبضه.

وصورة الرسول: كن رسولاً عني، أو أرسلتك، أو أمرتك بقبضه، أو قال: اذهب واقبضه. كذا في «فتح القدير».

وقيل: لا فرق بين الرسول والوكيل بالقبض في فصل الأمر بأن قال: اقبض المبيع.. فلا يسقط الخيار بقبضه.

وحكى بعضهم هذا القول فيما إذا قال: أمرتك خاصة أي: بمادة «أ م ر»، صرح به في «العناية».

هذا عند أبي حنيفة.

(**وعندهما** [٤١/ب]: **هو**) أي الرسول (**كالوكيل**).

والذي ظهر منه: أن نظر الرسول كنظر الوكيل بالقبض في كونه كافياً في سقوط خيار الرؤية؛ لأن حال المشبه به كذلك، وليس الأمر كما ظهر منه، بل أمر التشبيه بالعكس.. فإنهما قالا: نظر الوكيل بالقبض كنظر الرسول في عدم سقوط خيار المشتري، وللمشتري أن يرده، على ما صرّح به في «العناية» و«فتح القدير» وغيرهما.

ثم الظاهر من كلامه: مه أن لا فرق بين نظر الوكيل بالشراء والوكيل بالقبض، وليس كذلك؛ لأن الوكيل بالشراء ليس كالوكيل بالقبض في الحكم المذكور؛ لأن الوكيل بالشراء رؤيته تسقط الخيار بالإجماع؛ لأن حقوق العقد ترجع إليه، والوكيل بالقبض مختلف فيه بين أبي حنيفة وصاحبيه على ما ترى.

لهما: أنه قبل الوكالة بالقبض دون إسقاط الخيار، والشخص لا يملك التصرف فيما لا يقبله وكالة، فلا يملك إسقاط الخيار عنه؛ لأنه تصرف فيما لا يقبل الوكالة فيه، فصار كخيار العيب والشرط؛ كمن اشترى شيئاً لمن ير عيبه، ثم وكّل وكيلاً بقبضه فقبضه الوكيل معيباً رائياً عيبه.. لم يسقط خيار العيب للموكل، وكمن اشترى شيئاً بخيار الشرط ووكل بقبضه فقبضه.. لم يسقط خيار الشرط للموكل، وصار أيضاً كالإسقاط قصداً بأن قبضه الوكيل بالقبض مستوراً ثم رآه فأسقط الخيار قصداً.. لا يسقط خيار الموكل.

ولأبي حنيفة: أن القبض نوعان:

تام يسقط به خيار الرؤية: وهو أن يقبضه رائياً.

وناقص لا يسقط به خيار الرؤية: وهو أن يقبضه مستوراً، والموكل يملكه بنوعيه، فكذا وكيله؛ لإطلاق التوكيل.

فإن قيل: لا نسلم ذلك؛ فإن الوكيل إذا قبضه قبضاً ناقصاً، ثم رآه فأسقط الخيار قصداً.. لم يسقط.

والموكل لو فعل ذلك ليسقط الخيار.. فليس الوكيل كالموكل في القبض الناقص لا محالة.

أجيب عنه: بأن الوكيل إذا قبضه مستورًا انتهى التوكيل بالقبض الناقص، فبقي أجنبياً، فلا يملك إسقاطه؛ لكونه أجنبياً، لا لعدم تملكه بإسقاط الخيار.

فإن قيل: كيف يتملكه مثل الموكل، مع أنه لم يتوكل بالإسقاط؟

أجيب عنه: بأنه وإن لم يتوكل به صريحاً، لكنه يتوكل به ضمناً؛ لأن الشيء إذا ثبت.. ثبت بجميع متمماته ولوازمه، وإن الشيء قد يثبت ضمناً ولا يثبت قصداً، وله شواهد من الفروع:

منها: قن لهما، أعتقه أحدهما وهو موسر، فلو ترك المعتق نصيب الساكت.. لم يجز، ولا يتمكن الساكت من نقل ملكه إلى أحد، لكن لو أدى المعتق الضمان إلى الساكت.. ملك نصيبه.

ومنها: لو غصب قنّا فأبق من يده وضمنه المالك.. ملكه الغاصب، ولو شراه قصداً.. لم يجز.

ومنها: فضولي زوجه امرأة برضاها، ثم إن الزوج وكلّه بعده بأن يزوّجه امرأة، فقال: نقضت ذلك النكاح.. لم ينقض، ولو لم ينقضه قولاً ولكن زوّجه إياها بعد ذلك.. انتقض النكاح الأول.

ومنها: اشترى كر بر عيناً، وأمر المشتري البائع بقبضه للمشتري.. لم يصح، ولو دفع إليه غرارة وأمره أن يكيله فيها.. صحّ؛ إذ البائع لا يصلح وكيلاً عن المشتري في القبض قصداً، ويصلح ضمناً وحكماً لأجل الغرارة.

ومنها: شرى ما لم يره، فوكّل وكيلاً بقبضه، فقال الوكيل: قد أسقطت خيار الرؤية.. لم يسقط خيار الموكل، ولو قبضه الوكيل وهو يراه.. سقط خيار رؤية موكله عند أبي حنيفة، خلافاً لهما؛ كذا في التاسع والثلاثين من «الفصولين» مع زيادة عليه.

وَبيعُ الأَعْمَى وشراؤُه صَحِيحٌ، وَله الخِيَارُ إِذا اشْترى، ....

وأما عدم سقوط خيار العيب مع قبض الوكيل.. فلأنّ خيار العيب لا يمنع تمام الصفقة بعد القبض؛ حيث لا يرتد به إلا برضاء أو قضاء، وما لم يمنع تمام الصفقة.. لا يمنع تمام القبض، فيجوز أن يقبضه تماماً مع بقاء خيار العيب، بخلاف خيار الرؤية؛ فإنه يمنع تمام الصفقة وتمام القبض.. فلا يتم القبض مع بقائه.

وأما خيار الشرط.. فهو على الخلاف، فلا يصح مقيساً عليه، ولو سلم بقاؤه.. فالموكل لا يملك القبض التام مع بقاء خيار الشرط؛ لعدم تمام الصفقة به، فلا يسقط الخيار بقبضه، فكذا لا يسقط بقبض وكيله.

(**وبيع الأعمى وشراؤه صحيح، وله الخيار إذا اشترى**)، وقال الشافعي: إن كان بصيراً فعَمِي.. فصحيح، وإن كان أكمه.. فلا؛ لأنه لا علم له بالألوان و الصفات أصلاً.

ولنا: معاملة الناس العميان من غير نكير؛ لأنه أصل في الشرع بمنزلة الإجماع، ولأن من أصله: أن من لا يملك الشراء بنفسه.. لا يملك الأمر به لغيره؛ فإذا احتاج الأكمه إلى ما يأكل ويشرب ويلبس، ولا يتمكن من شراء المأكول والمشروب والملبوس، ولا التوكيل به.. مات جوعاً، ولأنه اشترى ما لم يره، ومن اشترى ما لم يره.. جاز، فله الخيار؛ لإطلاق ما روينا سابقاً.

فإن قيل: «لم يره» سلب، وهو يقتضي تصور الإيجاب، وذلك لا يتصور في الأكمه.

قلنا: التصور لا يقتضي التحقق؛ كتصور الممتنعات من شريك الباري وغيره.

فإن قيل: قوله: «فله الخيار إذا رآه» في الحديث المذكور: يقتضي [٤٢/ب] التحقق، على ما هو مقتضى كلمة «إذا».

وَيسْقطُ بِجَسِّه المَبِيعَ، أَو شمِّه، أَو ذوقهِ فِيمَا يُعرَفُ بذلك، وبوصفِ العقارِ لَهُ.

قلنا: المراد بالرؤية: العلم بالمقصود، لا الرؤية بالبصر (**ويسقط**) خيار الأعمى (**بجسِّه المبيع أو شمه أو ذوقه فيما يعرف بذلك**) أي بالجسّ والشم والذوق، وهذا؛ لأن المقصود يحصل به.

(**وبوصف العقار له**)، وكذا الشجر، والثمر على الشجر يوصف له؛ لأن الوصف في هذه الأشياء يقوم مقام الرؤية؛ فإذا وصف وقال: رضيت.. يسقط خياره.

وهل يلزم أن يوقف في توصيف العقار ونحوه في مكان لو كان بصيراً لرآه، أم لا يلزم؟

ففي «جامع الفتاوى»: إنه يلزم.

وأنكره الكرخي وقال: وقوفه في ذلك الموضع وغيره سواء في أنه لا يستفيد به العلم بالموصوف، ورجحه ابن الهمام وقال: إن إيقافه في ذلك المكان ليس بشرط في صحة الوصف وسقوط الخيار به.

وفي إطلاق المصنف إشارة إليه أيضاً.

وعن أبي يوسف: إنه إذا وقف في مكان لو كان بصيراً لرأى العقار وقال: رضيت.. يسقط خياره؛ لأن التشبيه يقام مقام الحقيقة في موضع العجز كتحريك الشفتين يقام مقام القراءة للأخرس، وإجراء الموسى على رأس من لا شعر له في الإحلال من الإحرام.

وأجيب عنه: بأن وجوب إجراء الموسى مختلف فيه، وكذا تحريك الشفتين ليس بلازم للأمي.. فلا يصلح مقيساً عليه.

وعن أبي يوسف أيضاً أنه اعتبر الوصف في غير العقار أيضاً، ولم يعتبر الشم والذوق والجس؛ لأن الوصف يقوم مقام الرؤية كما في السلم.

وَمَنْ رأى أحدَ الثَّوْبَيْنِ فشَراهُما، ثمَّ رأَى الآخرَ معيباً.. فَلهُ أخذُهُما أَو رَدُّهُما، لَا ردُّ أَحدِهِمَا.

وقال مشايخ بلخ: يمس الحيطان والأشجار؛ فإذا قال: رضيت.. سقط خياره؛ لأن الأعمى إذا كان ذكياً يقف على مقصوده بذلك، وهو رواية بشر وابن سماعة في الدار.

وفي رواية هشام عن محمد: إنه يعتبر الوصف مع كل من الذوق واللمس والجس؛ لأن التعريف الكامل في حقه يثبت بهذا، إلّا فيما لا يمكن جسه كالثمر على رؤوس الشجر.. فيعتبر فيه الوصف لا غير، في أشهر الروايات، وهو المروي عن أبي يوسف ومحمد في شرح «الجامع الصغير» لأبي الليث.

وقال الحسن: يوكل وكيلاً بقبضه وهو يراه، فيسقط بذلك خياره، قالوا: وهذا أشبه بقول أبي حنيفة؛ حيث رؤية الوكيل رؤية الموكل، ولو وصف للأعمى، ثم أبصر.. لا خيار له؛ لأن خياره سقط، فلا يعود إلا بسبب جديد.

ولو اشترى البصير، ثم عمي.. انتقل الخيار إلى الوصف؛ لأن الناقل للخيار من النظر إلى الوصف العجز، وقد استوى في ذلك كونه أعمى وقت العقد [٤٣/أ]، وصيرورته أعمى بعد العقد قبل الرؤية.

(ومن رأى أحد الثوبين فشراهما، ثم رأى الآخر معيباً.. فله أخذهما، أو ردهما، لا ردّ أحدهما).

واعلم: أنه قد تقدّم أنّ في الجمع بين الأشياء المتفاوتة الآحاد في البيع: لا بد من رؤية كل منها في سقوط خيار الرؤية؛ لأن رؤية بعضها لا تعرف الباقي المتفاوت.. فلا يحصل المقصود برؤية بعضها.

وعلى هذا: إذا رأى أحد الثوبين فاشتراهما معاً، ثم رأى الآخر.. فله الخيار فيما لم يره، وله ردّه بحكم الخيار، ولكنه لا يتمكن من ردّه وحده، بل يردهما معاً إن شاء؛ كيلا يلزم تفريق الصفقة على البائع قبل التمام.

أما الملازمة: فلأن الصفقة لا تتم مع خيار الرؤية قبل القبض وبعده؛ كخيار الشرط؛ بدليل: أن له أن يفسخه بغير قضاء ولا رضاء، ويكون فسخاً للعقد من الأقل؛ لعدم تحقق الرضاء قبله؛ لعدم العلم بصفات المبيع.

وأما بطلان اللازم: فللنهي عن تفريق الصفقة؛ لأنه جاء في الحديث: نهى النبي ﷺ عن تفريق الصفقة.

واعترض عليه: بأنّ تفريق الصفقة منهي عنه، وهو يقتضي ردّهما معاً إن شاء، وقوله ﷺ: «من اشترى شيئاً لم يره.. فله الخيار إذا رآه».. يقتضي أن يرد الذي لم يره وحده، فتعارضا، فما وجه ترجيح حديث النهي على المجيز؟

وأجيب عنه بوجوه:

الأول: أن موجب النهي مطرد في جميع صوره، وموجب المجيز ليس كذلك؛ فإنه لا يملك الرد إذا تعيب، أو أعتق أحد العبدين، أو دبره، والمطرد راجح.

ورد: بأن حديث النهي خصَّ منه ما قيل، ولم يرده.

الثاني: أن حديث النهي منطوق في ردّهما، وحديث المجيز مفهوم، والمفهوم لا يعارض المنطوق، حتى يحتاج إلى الترجيح.

الثالث: أن المحرم مقدم على المبيح، على ما في الأصول.

الرابع: أن النهي جعلناه متأخراً عن المبيح؛ لئلا يلزم تكرار النسخ؛ يعني: لو قلنا: إن المحرم كان متقدماً على المبيح.. فالمحرم كان ناسخاً للإباحة الأصلية التي كانت قبل البعثة، ثم المبيح يكون ناسخاً للمحرم، فيتكرر النسخ.

فقلنا: تأخر النهي لئلا يلزم هذا التكرار، وفيه نظر؛ لأنه مبني على كون الإباحة الأصلية حكماً شرعياً، ولكنه ليس كذلك؛ إذ لم يرد دليل شرعي في الزمان الماضي دالّ على إباحة الأشياء قبل البعثة حتى يكون حكماً شرعياً، ولا بد في النسخ أن يكون المنسوخ حكماً شرعياً.

وَمن رأى شَيْئاً فَوَجَدَهُ متغيِّراً.. يخيَّرُ، ....

فإن قيل: إن حديث النهي عن تفريق الصفقة ورد مطلقاً، وقد قيدتم بما قبل التمام، فما المقيد؟

أجيب: بأن [٤٣/ب] المقيد هو القياس على ابتداء الصفقة؛ فإن البائع إذا أوجب البيع في شيئين.. لا يملك المشتري القبول في أحدهما؛ لما فيه من الإضرار إلى البائع بتفريق الصفقة عليه؛ لأن العادة جارية بضم الجيد إلى الرديء ترويجاً له بالجيّد.

ورد: بأنّ تقييد المطلق نسخ، وذلك لا يجوز بالقياس.

فإن قيل: ما الفرق بين مسألة الكتاب وما إذا استحق أحدهما؛ حيث يلزمه ردّهما في مسألة الكتاب إن شاء، وكذا في خيار الشرط، وفي مسألة الاستحقاق إنما يرد ما استحق، لا يرد الباقي؟

أجيب: بأنّ ردهما في خيار الرؤية وخيار الشرط يوجب تفريق الصفقة قبل التمام على ما عرفت، وفي الاستحقاق لو رد.. كان بعد التمام؛ لأن الصفقة فيما كان ملك البائع ظاهراً، فلم يثبت في الباقي عيب الشركة، حتى لو كان المبيع عبداً واحداً فاستحق بعضه.. كان له أن يرد الباقي أيضاً؛ كما في خيار الرؤية والشرط؛ لأن الشركة في الأعيان المجتمعة عيب، والمشتري لم يرض بهذا العيب في فصل الاستحقاق.

ولو كان قبض أحدهما ولم يقبض الآخر، ثم استحق أحدهما ـ أعني: المقبوض ـ له الخيار؛ لتفرق الصفقة عليه قبل تمامها، ولو كان المبيع مكيلاً أو موزوناً فاستحق بعضه بعد القبض.. لا يخير؛ لأن الشركة ليست بعيب فيه، ولو استحق قبل القبض.. تخير؛ لتفرق الصفقة عليه قبل التمام.

(**ومن رأى شيئاً**) ثم رآه بعد مدّة (**فوجده متغيراً.. يخير**)؛ لأن تلك الرؤية لم تقع معلمة بأوصافه، فصار كأنه لم يره، ولأنه بالتغير صار شيئاً آخر لم يره.

وإِلّا.. فَلَا.

وَإِن اخْتلفَا فِي تغيُّرِهِ.. فَالْقَوْلُ للْبَائِع.

وَإِن فِي الرُّؤْيَة.. فَلِلْمُشْتَرِي.

(وإلا) أي: وإن لم يتغير على حالته التي كان عليها حين رآه (.. **فلا**) خيار له؛ لأن العلم بأوصافه قد حصل له بالرؤية السابقة، فينافي ثبوت الخيار له؛ لأن ثبوت الخيار إنما يكون بعد العلم بالأوصاف، وقد حصل العلم بها بتلك الرؤية، فينتفي الخيار بالضرورة؛ لأن ثبوت أحد المتنافيين ينافي ثبوت الآخر، إلا إذا كان لا يعلم أنه هو الذي رآه فيما مضى؛ كأن رأى جارية، ثم اشترى جارية متنقبة لا يعلم أنه كان رآها، ثم ظهرت إياها، وكما إذا رأى ثوباً فلفّ في ثوب وبيع فاشتراه وهو لا يعلم أنه كان رآه، ثم ظهر إياه.. فإن له الخيار في هذه الصور؛ لعدم الرضاء به، لا لعدم حصول علمه به؛ لأنه لما كان رآه ولم يتغير عما رآه.. حصل العلم به، فلا يكون له الخيار، إلا أنه لما لم يعلم أنه ما قد رآه.. لم يرض به، فثبت له الخيار [٤٤/أ] لذلك.

(وإن اختلفا) أي: البائع والمشتري **(في تغيّره)**، فقال البائع: لم يتغيّر، وقال المشتري: تغيّر (.. **فالقول للبائع**) مع يمينه؛ لأن التغير أمر حادث بعد ظهور سبب لزوم العقد، والمشتري يدعيه، والبائع ينكره ويتمسّك بالأصل وهو لزوم العقد؛ لظهور سببه وهو الرؤية السابقة الدّالة على المقصود مع البيع البات الخالي عن المفسد، والقول قول المنكر مع يمينه؛ لتمسّكه بالأصل، والبينة بينة مدّعى العارض؛ لأن البينات شرعت لإثبات خلاف الأصل.

هذا فيما إذا قربت المدة، وأما إذا بعدت.. فالقول للمشتري؛ لأن الظاهر حينئذ يشهد له بأن الشيء يتغير بطول الزمان، وبه أفتى الصّدر الشهيد والإمام المرغيناني.

(وإن) اختلفا **(في الرؤية)**، فقال البائع: رأيته، وقال المشتري: لم أره (.. **فللمشتري**)؛ أي: فالقول للمشتري؛ لأن البائع يدّعي عليه العلم بالصفات وأنه حادث، والمشتري ينكره، فكان القول له مع يمينه.

وَمن اشْترى عِدْلَ زِطِّيٍ فَبَاعَ مِنْهُ ثوباً، أَو وَهَبَ وَسلَّم.. فَلهُ أَن يردَّهُ بِعَيْبٍ، لَا بِخِيَارِ رُؤْيَةٍ أَو شَرطٍ.

وكذا لو أراد المشتري أن يردّه فقال البائع: ليس هو الذي بعتكه، وقال المشتري: بل هو هو.. فالقول للمشتري مع يمينه؛ سواء كان ذلك في بيع بات، أو فيه خيار الشرط أو الرؤية؛ لأن الظاهر شاهد للمشتري؛ لأنه قابض.

وكذا لو اشترى عبداً على أنه خباز أو كاتب، ثم اختلفا بعد مدّة، فقال المشتري: لم أجده خبازاً أو كاتباً، وقال البائع: سلمته إليك خبازاً أو كاتباً ولكنه نسي عندك، والمدة تحتمل أنه ينسى في مثلها.. فالقول للمشتري؛ لأنه تمسّك بالأصل، ويشهد له الظاهر؛ لأن العدم في الصفات العارضة هو الأهل وإن الظاهر هو العدم الأصلي، والعدم الطارئ بالنسيان: خلاف الظاهر؛ كما أن الوجود في الصفات الأصلية أصل؛ فإذا كان القول للمشتري.. كان له الرد على البائع لو قبضه، وإلا.. فلا يجبر على القبض ودفع الثمن.

(ومن اشترى عدل زطي) العِدل بالكسر: المثل. والزط: جيل من الهند ينسب إليهم الثياب الزطية.

(فباع منه ثوباً أو وهب وسلّم.. فله أن يرده) أي العدل **(بعيب)** أي بعد أن قبضه؛ لانه لو لم يقبضه.. لم يصح تصرفه فيه ببيع أو هبة.

(لا بخيار رؤية أو شرط) يعني: إذا اشترى عدل ثوب وقبضه وباع ثوباً منه أو وهب وسلّم.. لم يرد شيئاً من العدل بخيار الرؤية أو بخيار الشرط، إلا بعيب وجده فيه، وذلك لأن الرد تعذر فيما خرج عن ملكه بالبيع أو الهبة، وفي ردّ ما بقي منه تفريق الصفقة قبل التمام؛ لأن كلا [٤٤/ب] من خيار الرؤية والشرط يمنعان تمامهما على ما مر، بخلاف خيار العيب؛ فإنه وإن منع تمامها أيضاً قبل القبض.. إلا أنه لا يمنع بعد القبض، ووضع المسألة فيما بعد القبض على ما ذكرناه آنفاً، وتفريق الصفقة بعد التمام جائز.

ثم لو عاد الثوب الذي باعه إلى المشتري بسبب الفسخ بأن ردّ المشتري الثاني بالعيب بالقضاء أو رجع في الهبة.. فكل من المشتري الأول والواهب: على خياره، فيجوز أن يراد الكل بخيار الرؤية؛ لارتفاع المانع من الأصل، وهو تفريق الصفقة على ما ذكره السرخسي.

وعن أبي يوسف: أن خيار الرؤية لا يقدر بعد سقوطه؛ كخيار الشرط، وعليه اعتماد القدوري، وصحّحه قاضيخان إلّا بسبب جديد.

* * *

(فَصْلٌ)

مُطلقُ البيعِ يَقْتَضِي سَلامَةَ المَبِيعِ؛ فَلِمَنْ وَجَدَ فِي مشرِيِّهِ عَيْباً.. ردَّهُ أَو أَخذَهُ بِكُلِّ ثمنِهِ، ....

(فَصْلٌ)
في خِيَارِ العَيْبِ

والإضافة فيه من قبيل إضافة الشيء إلى السبب، والعيب: ما يخلو عنه أصل الفطرة السليمة؛ مما يعد به ناقصاً، يقال: عاب المتاع؛ أي: صار ذا عيب، وعابه زيد، يتعدى ولا يتعدى، فهو معيب ومعيوب.

(**مطلق البيع يقتضي سلامة المبيع**) عن العيب، هكذا صح عن رسول الله ﷺ في شرائه عبداً ولأن السلامة لما كانت أصلاً في المخلوق.. انصرف مطلق البيع إليه، والمراد بمطلق البيع: ما لم يشترط فيه عيب.

لا يقال: أن قوله: «مطلق البيع يقتضي سلامة المبيع» يقتضي: أن السلامة لازم للبيع، ومن القاعدة المسلمة أن انتفاء اللازم يستلزم انتفاء الملزوم، فلزم منه بطلان البيع عند عدم سلامة المبيع.

وليس كذلك؛ لأنا نقول: إن السلامة من العيب لازم لمطلق البيع؛ أي: الكامل، وهو البيع اللازم، فيجوز انتفاء البيع الكامل عند عدم السلامة، ولا يلزم منه انتفاء أصل البيع، بل هو باق مع وجود العيب في المبيع.

(**فلمن وجد في مشريّه عيباً.. ردّه أو أخذه بكل ثمنه**)؛ كي لا يتضرر بلزوم ما لا يرضى به.

أطلقه فشمل ما بعد القبض وما قبله.

لَا إِمْسَاكُه وَنَقْصُ ثمنِهِ إِلَّا برضا بَائِعِهِ.

بخلاف ما إذا وجد في بعض مشريه عيباً.. فإن فيه تفصيلاً سيأتي ذكره عند شرح قول المصنف: «ولو اشترى عبدين صفقة وقبض أحدهما، ووجد بالمقبوض أو بالآخر عيباً». انتهى.

(**لا إمساكه ونقص ثمنه**)؛ لأن الفائت بالعيب وصف، والأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن بمجرد العقد؛ لعدم المماثلة بينهما؛ لأن الثمن عين قائم بذاته، والوصف دونه؛ لأنه قائم بالغير ومقصود بالتبع، فلا يقابل العين؛ فإذا لم يقابله.. لا يجوز أن يأخذ [٤٥/أ] في مقابلة فواته شيئاً من الثمن العين.

وقولنا: «بمجرد العين» احتراز عما إذا كانت الأوصاف مقصودة بالتناول حقيقة أو حكماً.. فإنها حينئذٍ يقابلها شيء من الثمن، لكن لا بمجرد العقد، بل باعتبار تنزيلها منزلة الأعيان باعتبار القصد بالتناول، وقد ذكرناه في أوائل كتاب البيوع، قبيل قوله: «والزائد له، بلا خيار للبائع».

(**إلا برضى بائعه**) بزوال المبيع عن ملكه بأقل من الثمن المسمى؛ فإنه إذا لم يرض بزوال المبيع كذلك.. لم يوجد رضاه، فلم يوجد البيع أيضاً؛ لأن الرضاء معتبر فيه، وفيه إلزام على البائع بلا بيع، وفيه من الضرر ما لا يخفى.

فإن قيل: إن في إمساك المشتري بكل ثمنه ما لا يخفى من الضرر.

قلنا: نعم إلا أنه يمكن له تداركه برد المبيع بدون مضرة، فلا ضرورة في أخذ النقصان.

فإن قيل: إن البائع إذا باع معيباً فإذا هو سليم.. ليس له أخذ المبيع من المشتري، وفيه ما لا يخفى من الضرر للبائع؛ لأن الظاهر أنه نقص الثمن على ظن أنه معيب، فالواجب: ثبوت الخيار للبائع في هذه الصورة؛ كما ثبت للمشتري في عكسه.

وكلُّ مَا أوجبَ نُقْصَانَ الثّمنِ عِنْدَ التُّجَّارِ.. فَهُوَ عيبٌ، ....

قلنا: إن المبيع لما كان في يده طول زمان وتصرف فيه.. فأنزل عالماً بصفة ملكه وراضياً بزواله بالمسمى من الثمن، وإن نقص فيه.. فلا يكون له الخيار.

وأما المشتري: فإنه ما رأى المبيع؛ فلو لزمنا العقد مع العيب.. يتضرر من غير علم له، فثبت له الخيار.

ثم شرع في بيان ضابطة يعلم بها العيوب الموجبة للخيار على سبيل الإجماع، فقال: (**وكلّ ما أوجب نقصان الثمن عند التجار.. فهو عيب**)، وهذا لأن التضرر لا يكون إلا بنقصان المالية، ونقصان المالية بانتقاص القيمة، فالتضرر بانتقاص القيمة، وانتقاص القيمة يرجع فيها إلى أهل الخبرة، وهم التجار أو أرباب الحرفة والصنائع؛ إن كان المبيع من المصنوعات، ولا يلزم فيه نقصان العين أو المنافع، بل العبرة إلى نقصان المالية؛ فإن الظفر الأسود الصحيح القوي على العمل عيب؛ لنقصان القيمة.

وكذا جارية تركية صحيحة قوية على العمل ولكنها لا تعرف لسان الترك.. فإنه عيب لنقصان القيمة.

ثم المراد بالعيب ههنا: ما كان عند البائع ولم يعلمه المشتري عند البيع، ولا عند القبض، حتى لو علمه عند إحدى الحالتين أنه عيب.. يكون رضىً بالعيب، فلا يتمكن من الرد.

وإن تمكن من إزالته بلا مشقة، حتى لو تمكن من إزالته.. لا يتمكن من الرد؛ كإحرام الجارية؛ [٤٥/ب] فإنه بدل من تحليلها. ونجاسة الثوب الذي لا يفسد بالغسل.

وأن لا يشترط البراءة منه خصوصاً.

أو عموماً.

وأن لا يزول قبل الفسخ بالعيب، حتى لو زال قبله.. لا يتمكن له الرد.

وهذه ست قيود لا بد منها ههنا. فاحفظه.

وههنا مسائل أخرى: لا يتمكن المشتري الرد بالعيب:

منها: أن المولى إذا اشترى من عبده شيئاً وهو مأذون مديون ديناً مستغرقاً ونقد الثمن فوجد به عيباً.. لا يرد عليه، ولا على بائعه إن نقد الثمن، وإلا.. فله الرد على العبد.

ومنها: أن المولى باع عبده من نفس العبد بجارية، ثم وجد بها عيباً.. كان للمولى أن يرد الجارية ويأخذ من العبد قيمة نفسه في قول أبي حنيفة وأبي يوسف، وقال محمد ـ وهو قول أبي حنيفة أولاً ـ: يرجع بقيمة الجارية.

ومنها: أن الوارث لو باع من مورثه شيئاً فمات مورثه، فورثه البائع، فوجد به عيباً.. ليس له أن يرده على أحد، ولا يرجع بالنقصان أيضاً إن لم يكن له وارث آخر.

وإن كان له وارث آخر.. فللآخر رده.

ومنها: رجل اشترى لنفسه شيئاً من ابنه الصغير وقبضه وأشهد على ذلك، ثم وجد به عيباً.. فأراد أن يرده لنفسه على ابنه، ثم يرده لابنه على بائعه.. ليس له ذلك، ولكن للقاضي أن يجعل لابنه الصغير خصماً يرده عليه، ثم يرد الأب لابنه على بائعه.

ومنها: أن العبد المأذون إذا اشترى شيئاً فوجد به عيباً وقد أبرأه البائع عن الثمن.. لا يرد بالعيب، ولو كان المشتري حراً؛ إن كان بعد القبض.. فكذلك لا يرده، وقبل القبض.. يرده؛ لأنه امتناع عن القبول.

وذكر في «البحر» خمسة أخرى.. فارجع إليه.

واعلم: أن الضابطة المذكورة تشتمل أنواعاً من العيوب، منها ما يكون ظاهراً في المبيع بحيث يمكن التوصل إليه بالمشاهدة كالسن الزائد ونحوه، ومنها ما يكون في الجوف؛ كالداء الذي لا يتوصّل إليه إلّا بقول الأطباء الذين لهم بصيرة في معرفة ذلك.

ومنها: ما يوقف عليه بقول النساء.

ومنها: ما يثبت بالخبر؛ فإن كان ظاهراً يعرف بالمشاهدة.. صحّت خصومة المشتري في العيب بلا حاجة إلى الإثبات؛ فإن كان قبل القبض.. فللمشتري أن يرده بفسخ العقد بمجرد قوله: «رددت» بلا حاجة إلى قضاء أو رضاء، وهل يشترط فيه علم البائع برده أم لا؟

ففي «الخلاصة» عن وكالة «الأصل»: يشترط علمه دون حضرته، ورضاه كعزل الوكيل؛ فإن رضي [٤٦/ب] البائع.. فبها، وإن لم يرض واختصما إلى القاضي.. فالقاضي ينظر في ذلك العيب؛ إن وقع عنده أنه قديم أو حديث، لكنه لا يحدث مثله في هذه المدة.. ردّه عليه بقوله، ولكنه يحلّف المشتري بالله ما رضي بذلك العيب، ولا عرضه على البيع منذ رآه، وأكثر القضاة: على أنه يحلف بالله ما سقط حقّك في الرد بالعيب على الوجه الذي يدعيه البايع، لكنه إذا طلب البائع منه يمينه، وإلا.. فلا يحلف في ظاهر الرواية.

ولو كان العيب قد يحدث مثله في تلك المدة وقد لا يحدث؛ فإن أقر البائع أنه كان عنده.. يرد عليه، وإن أنكر فأقام المشتري البينة.. فكذلك يرده عليه، وإن لم يقم البينة على أنّ العيب حدث عنده، لكنه أقام البينة على أن هذا العيب كان عند البائع الأول.. يرد عليه، وله أن يرده على بائعه بتلك البينة عند أبي يوسف.

وقيل: قول أبي حنيفة معه.

فإن عجز عن إقامة البينة.. يحلف البائع بالله لقد باعه وسلمه إليه بحق هذا العقد وما به هذا العيب.

فإن حلف.. برئ، وإن نكل.. يرد عليه.

وإن كان العيب في الجوف ولا يعرف إلا بقول الأطباء؛ فإن كان للقاضي معرفة.. ينظر بنفسه، وإن لم يكن.. يدعى رجلان عدلان لهما حذاقة في ذلك؛ فإن

فالإِباقُ ....

اتفقا أنّ به العيب وهما من أهل الشهادة.. صحّت خصومة المشتري، وهذا أحوط، والواحد يكفي.

وإن كان هذا قبل القبض.. فعلى ما ذكرناه آنفاً.

وإن كان بعد القبض.. سألهما القاضي: هل يحدث مثل هذا العيب في مثل هذه المدة؟

إذا قالا: لا يحدث.. ردّ عليه، وإن قالا: يحدث.. يحلّف البائع على الوجه الذي ذكرناه.

وإن كان العيب يتوصل إليه بقول النساء؛ كالعيب في موضع العورة في الجواري: الواحدة تكفي، والاثنتان أحوط.

فإن أخبرت امرأة واحدة من أهل الشهادة بوجود العيب؛ إن كان قبل القبض.. ليس للمشتري حق الفسخ بقولها، لكن يقبل قولها في إيجاب اليمين على البائع، فيحلف على ما ذكرناه.

وإن كان بعد القبض فأخبرت امرأة عدلة بوجود العيب.. صحت الخصومة، ويحلف البائع على البتات لقد باع وسلّم وما بها هذا العيب.

وإن كان العيب ممّا يتوصل إليه بالخبر؛ كالسرقة والإباق والبول في الفراش والجنون.. لا يثبت ذلك إلا بشهادة رجلين أو رجل وامرأتين، هذا ما في «الخلاصة»، وسيأتي الزيادة عليه.

(فالإباق) قال في «المصباح»: أبق العبد [٤٦/ب] إذا هرب من سيّده من غير خوف ولا كد عمل، والإباق بالكسر: اسم منه، فهو: آبق؛ مثل: كافر. انتهى.

ويناسبه ما نقله في «البحر» عن «الجوهرة» الآبق: الهارب من غير ظلم السيّد؛ فإن هرب من الظلم.. لا يسمى آبقاً، بل يسمّى: هارباً.

فعلى هذا: الإباق عيب، والهرب ليس بعيب. انتهى.

وَلَو إِلَى مَا دونَ السّفرِ من صَغِيرٍ يَعقلُ: عيبٌ.

فعلى هذا: إن تفسير الإباق بالهرب مطلقاً لا يناسب هذا المقام.

(ولو إلى ما دون السفر) من مصر إلى قرية، أو بالعكس مثلاً.

وتكلّموا فيما دون السفر: أنه هل يشترط الخروج من البلدة أم لا؟

ففي «الفصول العمادي»: ذكر رشيد الدين: الخروج من البلدة ليس بشرط؛ لأن العيب ما ينقص القيمة، وهذا بهذه المثابة.

وقيل: إن البلدة إن كانت كبيرة كالقاهرة.. لا يشترط الخروج، وإن كانت صغيرة بحيث لا يخفى عليه أهلها وبيوتها.. يشترط الخروج؛ فقبل الخروج عنها لا يكون عيباً.

(من صغير يعقل) أي يأكل ويشرب وحده، وأما الذي لا يعقل.. فهو ضال لا آبق، فلا يكون عيباً.

(عيب)؛ لأنه يفوت المنافع على المولى؛ سواء أبق من المولى ومن المستأجر، أو من المستعير أو المودع، بخلاف ما لو أبق من الغاصب إلى مولاه، أو من المشتري إلى البائع ولم يحدث عنده.. فإنه ليس بعيب.

وكذا لو أبقت الجارية من الغاصب إلى مولاها.

ولو أبق من الغاصب ولم يرجع إلى مولاه عالماً بمنزله ويقوى على الرجوع إليه.. فهو عيب؛ لما ذكرناه.

وإن فات أحد هذين القيدين.. فليس بعيب، هذا في إباق العبد.

ولو أبق الثور.. ففيه ثلاثة أقوال:

قيل: إذا أبق الثور من قرية المشتري إلى قرية البائع.. لا يكون عيباً، وفي الغلام عيب.

وقيل: عيب في الثور أيضاً.

وَكَذَا السّرقَةُ، وَالْبَوْلُ فِي الفراشِ.

وَهِي فِي الكَبِيرِ عيبٌ آخرُ؛ فَلَو أَبَقَ، أَو سَرَقَ، أَو بَال فِي صغرِهِ، ثمَّ عاودَهُ عِنْد المُشْتَرِي فِيهِ.. رُدَّ بِهِ، ....

وقيل: إن دام على ذلك.. فعيب، وأما المرّة والمرّتان و الثلاث.. فلا.

(وكذا السّرقة) في العبد أو الجارية والصغير العاقل والكبير؛ أي: إذا سرق درهماً من الفضة من المولى أو من غيره.. فإنها عيب ولو دون النصاب.

أما سرقة المأكولات للأكل.. لا يسمى سرقة إذا كانت من المولى؛ لأنه يعدّ من تقصير المولى؛ أما إذا سرق من غير المولى.. فإنه يعدّ عيباً.

ولو سرق لأجل البيع.. فهو عيب ولو من المولى؛ لأنه حينئذٍ لا يعدّ من تقصير المولى.

وأما في الحنطة إذا سرق كثيراً بحيث يحتاج إلى بيعها.. فهو عيب؛ سواء كان من المولى أو من غيره، كذا في «الخلاصة».

وإنما كانت السرقة عيباً؛ لإخلالها بالمقصود؛ لأنه لا يأمنه على ماله، ويشق عليه حفظ ماله على الدوام.

وتقطع يده إذا سرق من غير المولى نصاباً.

(والبول في الفراش) أي من صغير [١/٤٧] يعقل عيب أيضاً؛ لما ذكرناه من أنه مخلّ بالمقصود.

(وهي) أي كل من هذه الثلاثة (في الكبير عيب آخر)؛ لأن سبب هذه الأشياء تختلف بالصغر والكبر؛ فإن الإباق في الصغر لحب اللعب، والسرقة فيه لقلّة المبالاة، وهما بعد في الكبير بعد البلوغ لخبث في الباطن.

والبول في الفراش في الصغر: لضعف في المثانة، وبعد الكبر: لداء في الباطن.

(فلو أبق أو سرق أو بال في صغره، ثم عاوده عند المشتري فيه) أي في صغره (.. ردّ به)؛ لأنه عين ما كان عند البائع؛ لاتحاد سببه.

وَإِنْ عاودَهُ عِنْدَهُ بعدَ البلُوغ.. لَا، ....

(وإن عاوده عنده بعد البلوغ.. لا) يرد به؛ لأنه غير ما كان عند البائع؛ لاختلاف سببه.

وفي «الفوائد الظهيرية»: إن من اشترى عبداً صغيراً فوجده يبول في الفراش.. كان له الرد.

ولو تعيّب بعيب آخر عند المشتري.. كان له أن يرجع بالنقصان؛ فإذا رجع به، ثم كبر العبد.. هل للبائع أنَ يسترد النقصان لزوال ذلك العيب بالبلوغ.

لا رواية فيها، قال: وكان والدي يقول: ينبغي أن يسترد؛ استدلالاً بمسألتين:

أحدهما: إذا اشترى جارية فوجدها ذات زوج.. كان له ردها. ولو تعيّب بعيب آخر.. رجع بالنقصان؛ فإذا رجع به ثم أبانها الزوج.. كان للبائع أن يسترد النقصان؛ لزوال ذلك العيب، فكذا فيما نحن فيه.

والثانية: إذا اشترى عبده فوجده مريضاً.. كان له الرد، ولو تعيب بعيب آخر.. رجع بالنقصان. فإذا رجع، ثم برئ بالمداواة.. لا يسترد؛ وإلّا.. يسترد بالبلوغ ههنا لا بالمداواة، فينبغي أن يسترد. انتهى. كذا في «فتح القدير».

وفي «قاضي خان »: اشترى جارية وادعى أنها لا تحيض، واسترد بعض الثمن، ثم حاضت، قالوا: إن كان البائع أعطاه على وجه الصلح عن العيب.. كان للبائع أن يسترد ذلك.

وفيها أيضاً: اشترى عبداً وقبضه فحُمَّ عنده، وكان يحم عند البائع، قال الإمام أبو بكر محمد بن الفضل: المسألة محفوظة عن أصحابنا: أنه إن حم في الوقت الذي كان يحمّ فيه عند البائع.. كان له أن يرده، وفي غيره.. فلا، فقيل له: فلو اشترى أرضاً فنزت عند المشتري، وقد كانت تنز عند البائع؟ قال: له أن يرد؛ لأن سبب النز واحد، وهو تسفل الأرض وقرب الماء، إلا أن يجيء ماء غالب، أو كان المشتري رفع من ترابها، فيكون النز غير ذلك، أو يشتبه فلا يدرى أنه عينه أو غيره:

وَالْجُنُونُ عَيبٌ مُطلقاً؛ فَلَو جُنَّ فِي صغرِهِ، وعاودَهُ عِنْد المُشْتَرِي فِيهِ أَو فِي كِبَرِهِ.. رُدَّ بِهِ.

قال القاضي الإمام: يشكل ما في «الزيادات»: اشترى جارية بيضاء إحدى العينين، ولا يعلم ذلك، فانجلى البياض عنده، ثم عاد.. ليس له أن يرد، وجعل الثاني غير الأول.

ولو اشترى جارية بيضاء إحدى العينين وهو يعلم [٥٠/ب] بذلك، فلم يقبضها حتى انجلى، ثم عاد عند البائع.. ليس للمشتري الرد، وجعل الثاني عين الأول الذي رضي به، إذا كان الثاني عند البائع، ولم يجعله عينه إذا عاد البياض عند المشتري.

وقالا: لا يرد.

ثم قال القاضي الإمام: كنت أشاور شمس الأئمة الحلواني وهو يشاور معي فيما كان مشكلاً إذا اجتمعنا، فشاورته في هذه المسألة: فما استفدت منه فرقاً.

والحاصل: ليس له الرد في المسألتين:

لكن في الأولى: لجعله غير الأول؛ إذ لو كان عينه.. لملك الرد؛ لعدم العلم به.

وفي الثانية: لجعله عين الأول؛ إذ لو كان غيره.. لملك الرد؛ لكونه لم يرض به.

(**والجنون عيب مطلقاً**) أي: عند الصغر والكبر، ولا يشترط فيه اتحاد الحالين؛ كما يشترط في الثلاثة المذكورة.

(**فلو جن في صغره**) في يد البائع يوماً أو ساعة، (**وعاود عند المشتري فيه، أو في كبره.. ردّ به**)؛ لعدم اشتراط اتحاد الحالين؛ لأن السبب فيهما واحد، وهو: فساد الباطن؛ لأن العقل: معدنه في القلب، وشعاعه في الدماغ، والجنون: انقطاع ذلك الشعاع؛ وهو لا يختلف باختلاف السن، وهذا رواية «الأصل» و«جامع الكبير».

وقال شمس الأئمة الحلواني وشيخ الإسلام: المعاودة في يد المشتري.. ليس شرطاً في الرد؛ لأن آثاره لا ترتفع؛ ذلك يتبين في حماليق عينه.

والبَخَرُ والذَّفَرُ والزِّناءُ والتولدُ مِنْهُ: عَيْبٌ فِي الجَارِيَة، ....

قالوا: والصحيح: رواية «الأصل» و«الجامع»؛ من اشتراط العود في يد المشتري.

وقيل: يشترط العود كما في الإباق.

والحاصل: أن المشايخ اختلفوا في الجنون على ثلاثة أقوال:

قيل: إنه كالإباق، والبول في الفراش.. فلا بد من المعاودة في يد المشتري، واتحاد الحالين كما في الإباق وهو قول أبي بكر الإسكاف.

وقيل: المعاودة ليس بشرط فيه؛ نظراً إلى قول محمد في «الجامع الصغير»: إن الجنون عيب لازم أبداً؛ فإذا جن في يد البائع.. كفى للرد؛ لبقاء أثره في الجملة، واختاره الفقيه أبو الليث، والحلواني، وشيخ الإسلام.

وعامة المشايخ: على اشتراط المعاودة في يد المشتري وإن لم يتحد الحالان؛ لأن الله تعالى قادر على إزالته بالكلية؛ بإزالة سببه وإن قل ما يزول؛ فإذا لم يعاوده.. جاز كون البيع صدر بعد إزالة الله تعالى هذا الداء وزال العيب.. فلا يرد بلا تحقق قيام العيب.. فلا بد له من المعاودة للرد.

وليس معنى قول محمد في «الجامع الصغير»: «أبداً»: أنه لا يشترط المعاودة، بل معناه: أن سبب الجنون في حال الصغر والكبر متحد أبداً، وهو: فساد الباطن.

(والبخر): نتن رائحة الفم.

(والذفر): نتن رائحة الإبط؛ وهو: بالذال المعجمة المهملة المفتوحة.

(والزناء والتولد [٥١/أ] **منه)** أي من الزنا: **(عيب في الجارية)**؛ لإخلال المقصود منها؛ إذ قد يكون المقصود منها: الاستفراش، وطلب الولد؛ والطبع يأبى من الاستيلاد ممّن يتصف بهذه الأوصاف، والولد يعيّر بزنا أمّه.

وكذا الحبل.. عيب في الجارية؛ لكونه منقصاً فيها دون البهائم.

والمرجع في الحبل إلى النساء، على ما في «البحر» وغيره.

لَا فِي الغُلَامِ.
إِلَّا أَن يكونَ من دَاءٍ.

(لا في الغلام)؛ لعدم إخلال المقصود منه؛ لأن المقصود منه الاستخدام؛ وذا لا يخلّ بذلك.

(إلا أن يكون من داء).... فحينئذٍ.. يكون عيباً فيه أيضاً، أو إلا أن يتكرر الزنا منه؛ فإنه حينئذ يصير عادة ويحتاج إلى اتباعهن، وذلك يخلّ بالخدمة، ففي هذا الاستثناء ما لا يخفى من المناقشة؛ لأنه لا يستقيم بالنظر إلى الزنا والتولد منه، فالأولى: ما في «الهداية»: حيث قال: والزنا عيب في الجارية دون الغلام، إلا أن يكون الزنا عادة له. انتهى.

ولا يخفى عليك أن هذا لا يستقيم أيضاً بالنسبة إلى ولد الزنا.

وعن أبي حنيفة: أن الزنا ليس عيباً في الجارية أيضاً، إلا أن يفحش، فيكون عيباً فيها دونه.

وقيل: إذا كان الغلام أمرد.. يكون البخر عيباً فيه؛ والصحيح: أنه لا فرق بين كونه أمرد أو غيره، كذا في «فتح القدير».

وفيه أيضاً: إن المراد بالبخر الذي يكون عيباً هو: النتن الناشئ من تغير المعدة، دون ما يكون لفلج في الأسنان؛ فإن ذلك يزول بتنظيفها.

ولم يذكر محمد اللواطة بالجارية والغلام، قال في «القنية» و«الفصولين»: لو اشترى عبداً يعمل به عمل قوم لوط؛ فإن كان مجاناً.. فهو عيب؛ لأنه دليل الأبنة، وإن كان بأجر.. فلا.

بخلاف الجارية.. فإنه يكون عيباً فيها كيفما كان؛ لأنه يفسد الفراش.

وفيها أيضاً: لو اشترى حماراً ذكراً تعلوه الحمر ويأتونه في دبره؟! قال: وقعت هذه ببخارى فلم يستقر فيها جواب الأئمة.

وقال عبد الملك النسفي: إن طاوع.. فعيب، وإلا .. فلا، وقيل: عيب.

والاستحاضةُ عَيبٌ، وَكَذَا عَدَمُ حيضِ بنتِ سبعَ عشْرَةَ سنةً ....

(والاستحاضة عيب.

وكذا عدم حيض بنت سبع عشر سنة)؛ لأن استمرار الدم وانقطاعه في أوانه علامة الداء في الباطن، فكان كل من الاستمرار، والانقطاع في أوانه دليلاً على الداء.

والداء عيب، فكذا ما يدل على عيب، فكان حقيقة التعيب فيهما بالداء المدلول عليه، ولذا قالوا: إنه إذا أراد أن يرد بعيب الاستمرار، والانقطاع.. لا بد أن يدعي أنّ استمرار دمها لحبل بها، أو لداء بها، أو انقطع دمها لحبل، أو لداء بها.

وأما إذا ادعى الاستمرار والانقطاع بدون انضمام الحبل أو الداء.. لا تسمع دعواه؛ لأنهما بدون الحبل أو الداء لا يعدّ عيباً، وإنما يعد عيباً بهذين السببين؛ [٥١/ب].

ولذا قالوا في «قاضي خان »: ولو اشترى جارية وقبضها، ثم قال: إنها لا تحيض، قال محمد بن الفضل: لا تسمع دعوى المشتري، إلا أن يدعي ارتفاع الحيض بالحبل، أو بسبب الداء؛ فإن ادعى سبب الحبل.. تسمع دعواه، ويريها القاضي النساء؛ إن قلن: هي حبلى.. يحلف البائع أن ذلك لم يكن عنده، وإن قلن: هي ليست بحبلى.. فلا يمين على البائع.

وفي دعوى الحبل: يرجع إلى النساء.

وفي معرفة داء في باطنها: إلى الأطباء.

ثم في الداء يردّ بشهادة رجلين إذا شِهدا أنه قديم.

وأما الحبل ثبت بقول النساء في حق الخصومة، ولا يرد بشهادتهن. انتهى.

إذ المرجع في الحبل: إلى قول النساء، وفي الداء: إلى قول الأطباء.

ويكتفى بقول واحدة من النساء في حق الخصومة والدعوى، لا في حق الردّ.

لَا أقلَّ، وَيُعرف ذلك بقولِ الأمةِ، فَتردُّ إِذا انْضَمَّ إِلَيْهِ نُكُولُ البَائِعِ قبَل القَبْضِ وَبعدَهُ، هُوَ الصَّحِيحُ.

وكذا يكتفى بقول طبيب واحد عدل في المرض الباطن، ولا يشترط العدد ولفظة الشهادة، على ما نصّ عليه في «الكافي»، وأبو المعين في «شرح الجامع الكبير».

وفي «فتح القدير»: وهو أوجه؛ لأنه لتوجه الخصومة لا للرد.

وذكر قبله: لا يثبت العيب بقول الأطباء؛ حتى تسمع الخصومة، إلّا أن يتفق منهم عدلان، بخلاف العيب الذي لا يطلع عليه إلا النساء.. فإنه يقبل في توجيه الخصومة قول امرأة واحدة، (**لا أقلّ**) من تلك المدة، هذا عند أبي حنيفة؛ لأن أقصى مدة البلوغ عنده سبعة عشر سنة؛ فعدم الدم فيما دونها لا يعدّ عيباً؛ لاحتمال صغرها، وكذا انقطاعه في سنّ الإياس لا يعدّ عيباً.

وعندهما: أقصى مدة البلوغ: خمسة عشر سنة.

(**ويعرف ذلك**)؛ أي استمرار الدم وانقطاعه بعد المدة المذكورة: (**بقول الأمة؛ فترد إذا انضم إليه نكول البائع قبل القبض، وبعده، هو الصحيح**).

يعني: إذا ادعى المشتري ذلك وأنكره البائع.. لا يرد عليه بمجرد قول الأمة وحدها، بل لا بد من مؤيد بقولها فيستحلف البائع؛ فإن نكل.. ترد عليه بنكوله قبل القبض وبعده في ظاهر الرواية، وهو الصحيح.

قيل: هذا احتراز عمّا قال أبو يوسف: إنها ترد قبل القبض بقولها مع شهادة القابلة بلا يمين البائع؛ لضعف العقد قبل القبض.

وعنه أيضاً: أنها ترد قبل القبض بقولها بلا يمين البائع، بلا قضاء و لا رضاء.

وعما قال محمد: إذا كانت الخصومة قبل القبض.. يفسخ بقول النساء.

وجه الصحيح: أن شهادتهن حجة ضعيفة، فلا يحكم بها إلا بمؤيد، وهو: نكول البائع عند عدم بينة المدعي.

واعترض عليه: بأن ما قال أبو يوسف ومحمد إنما هو في دعوى [٥٢/أ] البكارة، والرتق، والقرن، لا في دعوى انقطاع الحيض، وقياس هذا على ذاك غير صحيح؛ إذ لا تعرف البكارة، والقرن، والرتق إلا من النساء، فيقبل قولهن فيها، بخلاف دعوى انقطاع الحيض؛ لأن قول النساء غير معتبر فيها كيف وقد ذكروا: أن الشهادة على الانقطاع الكائن عيباً.. لا تقبل؛ إذ لا يطلع عليه.

ثم ههنا كلام لا بد من ذكره، وهو: أنه ذكر في «النهاية» في صورة الخصومة في انقطاع الحيض: أن المشتري إذا ادّعى انقطاع الحيض.. فالقاضي يسأله عن مدة الانقطاع؛ فإن ذكر مدة قصيرة.. لا تسمع دعواه، وإن ذكر مدة مديدة.. سمعت.

والمدة المديدة: على ما روي عن أبي يوسف: مقدرة بثلاثة أشهر.

وعلى ما روي عن محمد: بأربعة أشهر وعشرة أيام.

وعلى ما روي عن أبي حنيفة وزفر: بسنتين.

وما دون المديدة: قصيرة.

فإن كان القاضي مجتهداً.. أخذ بما أدّى إليه اجتهاده، وإلّا.. أخذ بما اتفق عليه أصحابنا، وهو سنتان.

وإذا سمع الدعوى.. سأل البائع: أهي كما ادعى المشتري؟ فإن قال: نعم.. ردّها على البائع بالتماس المشتري؛ وإن قال: هي كذلك عنده وما كانت كذلك عندي.. توجهت الخصومة؛ فإن طلب المشتري يمين البائع.. يحلف البائع؛ فإن حلف.. برئ، وإن نكل.. ردّت عليه.

وإن شهد للمشتري شهود.. لا تقبل شهادتهم على الانقطاع، وتقبل على الاستحاضة؛ لأنها مما يمكن الاطلاع عليه، ولا يمكن على الانقطاع الذي يعدّ عيباً.

وإن أنكر البائع الانقطاع في الحال هل يستحلف؟

عند أبي حنيفة: لا.

وعندهما: يستحلف.

وهكذا ذكره في «الزيلعي» أيضاً.

وهذا مخالف لما ذكره «قاضي خان»: اشترى جارية فقبضها، فلم تحض عند المشتري شهراً، أو أربعين يوماً.. قال القاضي الإمام: ارتفاع الحيض عيب، وأدناه: شهر واحد؛ إذا ارتفع هذا القدر عند المشتري.. كان له أن يرده؛ إذا ثبت أنه كان عند البائع. انتهى.

وهذا كما ترى: لا يشترط ثلاثة أشهر، ولا أربعة أشهر وعشراً، ولا سنتين؛ كما اشترط فيما ذكر في «النهاية» و«الزيلعي».

قال في «فتح القدير»: ينبغي أن يعول على ما ذكره «قاضي خان» من عدم اشتراط المدة المذكورة في حق الانقطاع.

وإنما المدة المذكورة على الخلاف الذي ذكر في استبراء ممتدة الطهر؛ فعند أبي حنيفة وزفر: سنتان.

وعند أبي يوسف: ثلاثة أشهر.

وعند محمد: أربعة أشهر وعشر.

وفي رواية عن محمد: شهران وخمسة أيام. وعليه الفتوى.

والرواية هناك ـ أي في استبراء ممتدة الطهر ـ ليست واردة هنا [٥٢/ب]؛ لأن الحكم في الاستبراء ذلك الاعتبار؛ فإن الوطء ممنوع شرعاً إلى الحيضة؛ لاحتمال الحبل، فقدره أبو حنيفة وزفر بسنتين؛ لأنه أكثر مدة الحمل؛ فإذا مضتا.. ظهر انتفاؤه، فجاز وطؤها.

وقدره محمد بأربعة أشهر وعشر؛ اعتباراً بمدة المتوفى عنها زوجها، ولأن فيها يظهر الحبل غالباً.

وقدّره أبو يوسف بثلاثة أشهر؛ اعتباراً بمدة المرأة التي لا تحيض.

بخلاف ما نحن فيه؛ فإن الحكم ليس فيه؛ إلا كون امتداد الانقطاع عيباً.. فلا يتجه إناطته بسنتين، أو غيرها من المدة المذكورة؛ لأن كونه عيباً: باعتبار كونه يؤدي إلى الداء وطريقاً إليه، وذلك لا يتوقف على مضي مدة معينة مما ذكر، وبهذا ظهر: أنه لا يحتاج في دعوى الانقطاع للردّ به إلى تعيين أنه عن حبل، أو داء في الدعوى؛ على ما زعموا به، وقد ذكرناه آنفاً؛ فإن كونه عيباً باعتبار كونه مفضياً إلى الداء؛ لأنه لا يكون إلا عن داء يتقدم عليه؛ فلذا لم يتعرض «قاضي خان» في المسألة السابقة آنفاً إلى اشتراط كون الانقطاع عن أحدهما، بل إذا ادعى الانقطاع في أوانه.. فقد ادعى العيب، ويكفي شهر واحد؛ فإن به يتحقق الانقطاع في أوانه، وهو عيب؛ لأنه إن كان في الواقع مسبباً عن داء.. فهو عيب، أو طريقاً إليه.. فكذلك، فيكفي في الخصومة ادعاء ارتفاعه فقط.

قال في «فتح القدير»: وهو الذي يجب أن يعوّل عليه، وهذا هو الظاهر من ظاهر قول المصنف؛ حيث قال: ويعرف ذلك بقول الأمة.

وكذا قال في «الهداية» وغيرها؛ فإنه لو شرط لزوم دعوى الداء أو الحبل في دعوى عيب الانقطاع.. لم يتصور أن يثبت بقول الأمة حين توجه اليمين على البائع، بل لا يرجع إلّا إلى قول الأطباء والنساء، فترتيب الخصومة على ما هو الظاهر من قول المصنف و«الهداية» و«قاضي خان»: أن يدعي المشتري الانقطاع في الحال، ووجوده عند البائع؛ فإن اعترف البائع بها.. ردت عليه؛ وأن أنكر وجوده عنده، واعترف بالانقطاع في الحال.. استخبرت الجارية؛ فإن ذكرت أنها منقطعة.. اتجهت الخصومة، فيحلفه بالله ما وجد عنده؛ فإن نكل.. ردت عليه، وهذا معنى قول المصنف: «فترد إذا انضم إليه نكول البائع».

ولو اعترف بوجوده عنده، وأنكر الانقطاع في الحال، فاستخبرت الأمة فأنكرت الانقطاع، والحال: أنه لا يقبل عليه بينة المشتري؛ لعدم إمكان الاطلاع عليه؛ على ما تقدم آنفاً.. فهل يحلف البائع؟

وَالْكُفْرُ عيبٌ فيهمَا،...

فعلى ما ذكرنا من «النهاية»: إنه لا يحلف عند أبي حنيفة، ويحلِف [٥٣/أ] عندهما على العلم بالله ما يعلم أنها منقطعة عند المشتري.

فإن نكل.. اتجهت الخصومة.

وإن حلف.. تعذرت.

وفي «فتح القدير»: ولعمري، فلا يحلف لذلك إلا وهو بار في يمينه؛ ومن أين له العلم بأنها عند المشتري لم تحض، ولعل ما ذكره صاحب «النهاية» مبني على ما ذكره في صورة الخصومة، من اشتراط دعوى: أن الانقطاع من حبل أو داء.

(**والكفر عيب فيهما**) أي في الجارية والغلام؛ لأن طبع المسلم ينفر عن صحبة الكافر للعداوة الدينية، وذلك يؤدي إلى قلة الرغبة، وهي تؤثر في نقصان الثمن، فيكون عيباً، ولأنه يمنع عن صرفه في كفارة القتل بالاتفاق، وعن كفارتي الظهار واليمين عند بعض العلماء، فتخيل الرغبة، فيكون عيباً، وفي إلزامه به غاية الإضرار بالمشتري.

ولو اشتراه على أنه مسلم فوجده كافراً.. يرده، ولو بالعكس.. لا يرده؛ لأنه زائل العيب؛ وزوال العيب ليس بعيب؛ كما إذا اشترى معيباً فوجده سالماً.

والنكاح عيب فيهما على ما صرحوا به.

وكذا الشرب عيب فيهما إذا أعلن وأدمن، وإلا.. فلا، على ما في «الفصولين».

وفي «فتح القدير»: ومن العيوب: عدم الختان في الغلام، والجارية المولودين البالغين؛ بخلافهما في الصغيرين.

وفي الجليب من دار الحرب لا يكون عيباً مطلقاً.

وفي «قاضي خان»: وهذا عندهم؛ يعني عدم الختان في الجارية المولدة؛ أما عندنا: عدم الخفض في الجواري.. لا يكون عيباً.

وَكَذَا الثيبُ وَالدَّين والسعالُ القَدِيم، وَالشعرُ وَالْمَاءُ فِي العين.

(وكذا الثيب) عيب في الجارية؛ لإخلاله في المالية؛ فلو اشترى على أنها بكر، فوجدها ثيباً.. ترد.

(والدين)؛ لأن ماليته مشغولة به، والغرماء يقدمون على المولى؛ سواء كان الدين للغلام، أو للجارية، ومطالباً به في الحال، أو بعد العتق.

أما الأول: فظاهر.

وأما الثاني: فلتضرر المولى بنقصان ميراثه من حيث كان وارثاً.

وقال الشافعي: الدين المعلق إلى ما بعد العتق.. ليس بعيب، واستحسنه بعض مشايخنا.

والحجة عليه: ما ذكرناه.

(والسعال القديم): وهو ما كان عن داء؛ أما المعتاد.. فلا؛ على ما في «فتح القدير».

(والشعر والماء في العين)، وكذا غيرهما من أمراض العين؛ لأنها تورث العمى وضعف البصر.. فيخل المقصود.

واعلم: أنه ذكر أولاً ضابطة للعيب، ثم ذكر عدداً منه، ولنزد عليه زيادة للفائدة؛ فالعيوب على أقسام:

الأول: ما يكون ظاهراً معايناً يراه كل أحد؛ كالعور، والشلل، والصمم، والخرس، والعرج، والسن الساقط، والسن السوداء، والزائدة، والإصبع الزائدة، والناقصة [٥٣/ب]، والشدق، والقروح، والأمراض الظاهرة كلها، وسواد الظفر، والعسير الذي لا يستطيع العمل بيمينه، والثؤلول والخال، إذا كانا في موضع يستقبحان؛ وإلا.. فلا يكون عيباً؛ نحو أن يكون تحت الإبط أو والركبة.

وأما على الأنف.. فعيب.

والصهوبة في الشعر: عيب.

والشمط: عيب؛ وهو: أن يكون بعض شعر الرأس أو اللحية أبيض والبعض أسود في غير أوانه.

والحرن في الدابة: عيب؛ وهو: أن تقف ولا تنقاد.

والجموح: عيب أيضاً؛ وهو: أن لا تقف عند الإلجام.

وخلع الرأس: عيب؛ وهو: أن يخلع اللجام والعذار من الرأس.

وبل المخلاة إذا كان ينقص الثمن؛ وهو: أن يبل المخلاة من ماء فمه.. إلى غير ذلك.

وفي غير الحيوان: كالهشم في الأواني، والحرق والعفونة في الثياب، والنز والسبخ في الأرض؛ فإذا لم يعلم بها المشتري، وعلمها بعد البيع.. فله أن يرده إذا كان لا يحدث مثله في تلك المدة، إلا أن يدعي البائع البراءة، أو رضي المشتري به وهو ينكر.. فحينئذٍ لا يرده؛ ما لم تقم البينة على ذلك، أو يحلف المشتري، وإن كان مما يحدث مثله في تلك المدة.. فالقول للبائع؛ أن العيب لم يكن عنده مع يمينه إن لم يقم المدعي البينة.

القسم الثاني: ما لا يعرفه إلا الأطباء؛ كالداء، والسل، والحمى القديمة، والداء في الجوف الذي لا يصل إليه إلا الأطباء.. فعلى القاضي أن يريه واحداً من الأطباء. قيّدها في «فتح القدير» بكونها حذاقاً مسلمين، والاثنان أحوط.

وفي «القنية»: اختلفا في كون القرحة قديمة، فشهد البصراء من الأطباء: أنها لا تحدث مثلها في المدة التي قبضها المشتري منه.. تقبل شهادتهم ويرد. انتهى.

القسم الثالث: ما لا يعرفه إلا النساء، وهو في موضع لا يطلع عليه الرجال.. فعلى القاضي أن يريه حرة عدلة، والاثنتان أحوط.

القسم الرابع: ما يعرف بالإخبار؛ كالإباق، والسرقة، والزنا، والبول في الفراش، والنكاح، والشرب في الغلام والأمة، والجنون.. لا يسمع خصومة المشتري ما لم يقم البينة على العيب عنده.

وهل يشترط المعاودة في يد المشتري في صحة الدعوى؟

ففي «الخلاصة»: لا ذكر لها في الكتب المشهورة، وذكر في كتاب «الآحاد»: أنه يشترط المعاودة في يد المشتري في جميع العيوب إلا في الزنا، قال: وهذه رواية محمد، قال: وفي «الإملاء»: قال أبو يوسف: وكذا الجنون على المختار.

وكذا ولادة الجارية، وتولد الرقيق من الزنا: لا يشترط المعاودة في يد [٥٤/أ] المشتري.

وفيها أيضاً عن «شرح الطحاوي»: ظهور العيب شرط لصحة الخصومة؛ ولظهوره أسباب، يظهر بعضه بالمشاهدة، وبعضه يظهر بقول الأطباء، وبعضه يظهر بقول النساء، وبعضه يظهر بالإخبار.. ففي كلّ من هذه الأقسام الأربعة: لا بد من ظهور العيب لصحة الدعوى، وقد استوفينا صورة الدعوى وطريق الرد في كل من الأقسام الثلاثة الأول آنفاً، وفيما قبل عند شرح الضابطة.

ولنذكر ههنا صورة الدعوى وطريق الرد في القسم الرابع: فقال في «الخلاصة»:

لو أن المشتري إذا جاء بقول: وجدته آبقاً، أو يبول في الفراش، أو وجدته سارقاً؛ وقد كان وجد ذلك عند البائع بعد البلوغ.. لا يخلو؛ إما أن يقر البائع بالأمرين جميعاً، أو ينكر الأمرين جميعاً، أو أقر بوجوده عنده وأنكر وجوده عند المشتري، أو أقر وجوده عند المشتري وأنكر وجوده عنده.

فإن أقر بالأمرين جميعاً.. له أن يرده على البائع، وإن أنكر الأمرين جميعاً.. لا يصح خصومة المشتري، إلا إذا أقام البينة على وجوده.. فحينئذٍ صحت الخصومة،

ثم يحتاج إلى إقامة البينة على وجوده عند البائع بعد البلوغ؛ فإن أقام البينة.. يرد عليه، وإن عجز عن إقامة البينة على وجوده عند البائع.. فله أن يحلف البائع على البات بالله: لقد باع وسلم وما أبق منذ بلغ مبلغ الرجال.

وفي السرقة والبول في الفراش كذلك.

وفي الجنون: يحلف بالله ما جن قط، ولو عجز عن إقامة البينة على وجوده عنده وعند البائع.. لا تصح الخصومة، وله أن يحلف البائع على العلم بإظهار العيب بالله ما تعلم أنه وجد ذلك عند المشتري؛ فإن حلف.. لم يظهر العيب، ولا تصح الخصومة من المشتري، وإن نكل.. ظهر العيب وصحت خصومة المشتري، ثم يحلف ثانياً على البتات بالله: لقد باع وسلّم وما وجد ذلك عنده منذ بلغ مبلغ الرجال.

وفي الجنون: ما جن قطّ.

ولو أقر البائع بوجوده عنده، وأنكر وجوده عند المشتري.. ليس له حق الرد حتى يظهر وجوده عنده؛ إما بإقامة البينة، أو بتحليف البائع على العلم.

وإذا أقر بوجوده عند المشتري، وأنكر وجوده عنده.. صحت خصومة المشتري، فيحلف البائع على البتات بالله: لقد باع وسلّم وما وجد ذلك منه مذ بلغ مبلغ الرجال.

وفي الجنون: ما جن قطّ؛ هكذا ذكره، وقال: الكل في «شرح الطحاوي».

والحاصل: أن البائع لا يحلف للرد يمين البتات حتى يثبت العيب المدَّعى؛ إما بالبينة أو بتحليف [٥٤/ب] البائع على العلم، ولم يذكر خلافاً في التحليف على العلم، وقد ذكروا فيه خلافاً بين أبي حنيفة وصاحبيه؛ فعند أبي حنيفة: لا يحلف على العلم على قيام العيب في الحال، وعندهما: يحلف.

وهل يرده بالقضاء؟

فَإِن ظهر عَيْبٌ قديم عِنْد المُشْتَرِي آخر.. رَجَعَ بِالنُّقْصَانِ؛ كَثوبٍ شراهُ فَقَطَعه فَاطَّلَع على عيب.

وَلَيْسَ لَهُ الردُّ ....

ففي «الخلاصة»: رجل باع جارية وسلمها إلى المشتري، ثم وجد المشتري بها عيباً، فأراد أن يردها على البائع.. كان للبائع أن لا يقبل الرد بغير قضاء وإن كان يعلم بالعيب؛ لأنه لو قبلها بغير قضاء.. لا يكون له أن يردها على بائعه. انتهى.

(**وإن ظهر عيب قديم**) كان عند البائع بعدما حدث (**عند المشتري**) عيب آخر بآفة سماوية أو غيرها.. (**رجع بالنقصان**) الحاصل من العيب القديم؛ بأن يقوم المبيع سالماً عن العيب القديم ومعيباً به؛ فما كان بينهما من عشر أو ثمن أو سدس أو نحوها.. يرجع به.

وفي «الخلاصة» نقلاً عن «الفتاوى».

وتفسير النقصان بالعيب: أنه يقوَّم وبه العيب، ثم ينظر كم انتقص من قيمته لأجل العيب؛ إن كان النقصان قدر عُشر القيمة.. فحصة العيب عشر الثمن، وإن كان ربعها.. فربع الثمن.

ولو كان بيع مقايضة؛ فإذا انتقص قدر عشر قيمة المبيع.. يرجع بعشر ما جعل ثمناً من العروض.

والمفهوم: لا بد أن يكون اثنين يخبران بلفظة الشهادة بحضرة البائع والمشتري.

والمفهوم: من يكون أهلاً في كل حرفة. انتهى.

(**كثوب شراه فقطعه فاطلع على عيب**)؛ فإنه يرجع بنقصان العيب على الوجه الذي ذكرناه؛ لامتناع الرد بعيب القطع الحادث.

(**وليس له الرد**)؛ لأن في الرد قبل الرضاء إضراراً بالبائع؛ لخروج المبيع عن ملكه سليماً من العيب الحادث؛ وعوده معيباً إضرار له، ولا بد من دفعه عنه، والرجوع بالنقصان: طريق صالح للدفع.. فتعين مدفعاً.

إِلّا أَن يرضى البَائِعُ بِأَخْذِهِ كَذَلِك فَلهُ ذَلِك، حَتَّى لَو بَاعه المُشْتَرِي.. سَقَطَ رُجُوعُه.

ثم إذا زال العيب الجديد بعد الرجوع بالنقصان.. فهل له أن يرد المعيب مع النقصان؟

ففيه اختلاف ذكره في «القنية».

قيل: له ذلك.

وقيل: لا.

وقيل: إذا كان بدل النقصان قائماً.. له ذلك، وإلّا.. فلا.

(**إلا أن يرضى البائع؛بأخذه كذلك**) أي بالعيب الحادث (.. **فله ذلك**) أي الرد؛ لأنه رضي بالضرر، والرضاء: إسقاط لحقه.

فإن قيل: إن الأوصاف لا يقابلها شيء من الثمن، فكيف يرجع بالنقصان؟

أجيب: بأنها صارت مقصودة بالتناول، فكان لها حصة من الثمن.

(**حتى لو باعه المشتري**) أي: بعدما قطعه قبل الخياطة، ثم علم بالعيب (..**سقط رجوعه**) بالنقصان؛ لأن للبائع أن يقول: كنت أقبله كذلك؛ لأن أخذه كذلك لم يمتنع عليه، فلم يكن الرد ممتنعاً برضى البائع، فكان [٥٥/أ] المشتري بالبيع حابساً المبيع، وبذلك يسقط حق الرجوع بالنقصان.

والأصل فيه: أن تعذر الرد متى كان بصنع من جهة المشتري.. سقط حق الرجوع بالنقصان، ومتى كان لا بصنع من جهة المشتري.. لا يسقط حقه في الرجوع.

كما إذا باع الجارية بعدما وطئها.. فإنه بطل حقه في الرجوع بالعيب؛ لأن للبائع أن يقول: أقبلها بعد وطئه، فتعذُّر الرد كان بصنعه، بخلاف ما إذا وطئها غير المشتري، ثم باعها المشتري بعدما علم بالعيب بها.. له أن يرجع بالنقصان.

فَإِن خاطَ الثَّوْبَ أَو صبغَهُ أَحْمَرَ، أَو لتَّ السويقَ بِسمنٍ، ثـمَّ ظهرَ عَيبُه.. رَجَعَ بنقصانه، وَلَيْسَ لبَائِعه أَن يَأْخُذَهُ، ....

(فإن خاط الثوب) بعدما قطعه (أو صبغه أحمر)، قيد به ليكون الزيادة في المبيع اتفاقياً؛ وإلا .. فالجواب في صبغه أسود كذلك عند الإمامين؛ لأن السواد عندهما زيادة؛ كالحمرة والصفرة.

(أو لتّ السويق بسمن، ثم ظهر عيبه.. رجع بنقصانه، وليس لبائعه أن يأخذه)؛ أي: ليس له أن يقول: أنا آخذه كذلك؛ لامتناع الرد عليه بسبب الزيادة، فتعين الرجوع بالنقصان؛ دفعاً للضرر.

فإن قيل: هذا يشكل بالزيادة المتصلة المتولدة من المبيع؛ كالسمن والجمال.. فإنها لا تمنع الرد بالعيب.

قلنا: إن فسخ العقد ههنا ممكن في الزيادة تبعاً للأصل؛ لأنها تمحضت تبعاً للأصل باعتبار التولد منه، بخلاف الصبغ والخياطة ونحوها.

واعلم: أن الزيادة؛ إما متصلة أو منفصلة، وكل منهما: إما متولدة من المبيع، أو غير متولدة.

فالمتصلة المتولدة.. لا تمنع الرد في ظاهر الرواية.

وغير المتولدة.. تمنع بالاتفاق.

وكذا المنفصلة المتولدة.. تمنع بالاتفاق.

وغير المتولدة.. لا تمنع، لكن طريق ذلك: أن يفسخ العقد في الأصل دون الزيادة ويسلّم الزيادة للمشتري مجاناً.

وتفصيله على ما ذكره في «الخلاصة» نقلاً عن «شرح الطحاوي»: المشتري إذا وجد بالمشترى عيباً ما، ازداد المشترى؛ لا يخلو: إما إن كانت الزيادة متولدة من الأصل، أو غير متولدة، ولا يخلو: إما أن كان حدوثها قبل القبض أو بعد القبض.

فإن كان قبل القبض والزيادة متصلة متولدة من الأصل؛ كالكبر والسمن والحسن.. لا يمنع الرد بالعيب.

وإن كانت متصلة غير متولدة من الأصل؛ كالصبغ والغرس والبناء.. صار المشتري قابضاً بإحداث هذه الزيادة، وصارت كأنها حدثت بعد القبض.. فتمنع الرد ويرجع بالنقصان.

ولو كانت الزيادة منفصلة متولدة؛ كالولد و الثمر واللبن والصوف والأرش والعقر ونحوها.. لا تمنع الرد وهو بالخيار؛ إن شاء.. ردهما، وإن شاء [٥٥/ب].. رضي بهما بجميع الثمن.

ولو لم يجد بالأصل عيباً، لكن وجد بالزيادة عيباً.. ليس له حق رد الزيادة، إلا إذا كان حدوث تلك الزيادة قبل القبض يورث نقصاً في المبيع.. فحينئذٍ له حق الرد؛ لأجل النقصان في المبيع.

ولو قبضها، ثم وجد بالمبيع عيباً والزيادة قائمة.. له حق الرد بالمبيع خاصة بحصته من الثمن بعدما قسم الثمن على قيمة المبيع وقت البيع، وعلى قيمة الزيادة وقت القبض.

ولو وجد بالزيادة عيباً دون المبيع.. له أن يردها خاصة بحصتها من الثمن؛ لأنه صار لها حصة من الثمن بعد القبض، بخلاف الأول.

ولو كانت الزيادة منفصلة غير متولدة من الأصل؛ كالهبة والصدقة والكسب.. لا يمنع الرد؛ فإذا رد.. فالزيادة للمشتري بغير الثمن، ولا تطيب له عند أبي حنيفة، والأصل عنده: أن الزيادة في البيع البات للمشتري؛ تم البيع أو انفسخ.

وفي البيع مع الخيار: موقوف؛ إن تم البيع.. فللمشتري، وإن انفسخ.. فللبائع.

هذا إذا حدثت الزيادة قبل القبض؛ أما إذا حدثت بعد القبض، ثم اطلع على عيب كان عند البائع؛ إن كانت الزيادة متصلة متولدة من الأصل.. منعت الرد

حَتَّى لَو بَاعه بعد رُؤْيَة عَيبِهِ.. لَا يسْقطُ الرُّجُوعُ.

والفسخ عند أبي حنيفة وأبي يوسف، ويرجع بالنقصان، ولو كانت متصلة غير متولدة من الأصل.. منعت الرد بالإجماع.

ولو كانت منفصلة متولدة من الأصل.. منعت الرد ويرجع بحصة العيب، إلا إذا تراضيا على الرد فصار كبيع جديد.

هذا إذا كانت الزيادة قائمة في يد المشتري؛ فإن كانت هالكة بآفة سماوية.. جعلت كأن لم تكن وله أن يسترد المشترى.

وإن هلكت بفعل المشتري؛ إن شاء البائع.. قبل وردّ جميع الثمن، وإن شاء.. لم يقبل وردّ حصّة العيب؛ سواء كان حدوث الزيادة يورث نقصاناً في الأصل أو لا.

ولو كان الفوات بفعل الأجنبي.. ليس له أن يرد؛ لوجوب الضمان على الأجنبي، وقيام الضمان كقيام العين.

ويرجع بحصة العيب؛ هذه الزيادة المبيع بحدوث عيب آخر عند المشتري.

وأما لو لم يزد فيه ولكنه انتقص بعد القبض؛ فإن كان النقصان بآفة سماوية، أو بفعل المعوقد عليه، أو بفعل المشتري.. ليس له الرد؛ لأنه لو رده بعيبين، بل رجع بالنقصان، إلا إذا رضي البائع.. فحينئذٍ يرد، أو يرضى المشتري بجميع الثمن.

وإن كان النقصان بفعل الأجنبي أو بفعل البائع.. يمنع الرد ويرجع بحصة العيب.

(حتى لو باعه) أي: لو باع المشتري ما خاطه أو صبغه أو لته (بعد رؤية عيبه.. لا يسقط الرجوع) بالنقصان؛ لأن الرد كان [٥٦/أ] ممتنعاً قبل البيع.. فلا يكون المشتري بالبيع حابساً له.

بخلاف ما لو باعه قبل الخياطة والصبغ.. فإنه حينئذ يكون حابساً المبيع، فلا يرجع.

وَلَو أعتقَ بِلَا مَالٍ، أَو دبَّر، أَو استولدَ، ثمَّ ظهر العَيْبُ.. رَجَعَ.

وَكَذَا إِن ظهرَ بعدَ موتِ المُشْتَرِي.

ومن هذا قالوا: لو اشترى ثوباً وقطعه لباساً لولده الصغير وخاطه، ثم اطلع على عيب.. لم يرجع بالنقصان؛ لأن التمليك حصل قبل الخياطة؛ لأنه لما قطعه لباساً له.. كان واهباً له وقابضاً لأجله؛ فتمّت الهبة بنفس الإيجاب، فصار حابساً المبيع.. فيمتنع الرجوع.

بخلاف ما لو كان الولد كبيراً.. فإنه يرجع بالنقصان؛ لأن القطع عيب حادث لا يمنع الرجوع بالعيب، وبالخياطة امتنع الرجوع بسبب الزيادة، فبالتمليك والتسليم بعد ذلك.. لا يكون حابساً المبيع؛ لامتناع الرد قبله.

(**ولو أعتق بلا مال، أو دبّر، أو استولد، ثم ظهر العيب.. رجع**) بالنقصان، والقياس: أن لا يرجع، وهو قول الشافعي؛ لأن الامتناع صار بفعله، فكان حابساً كما في القتل.

ووجه الاستحسان: أن الإعتاق إنهاء للملك كالموت؛ لأن الآدمي ما خلق في الأصل محلاً للملك، وإنما يثبت الملك فيه بعارض الكفر مؤقتاً إلى وقت الإعتاق، والمؤقت ينتهي بانتهائه، فكان الإعتاق إنهاء له؛ والشيء يتقرر بانتهائه، فصار كأنّ الملك تقرر عند الإعتاق، فيجعل كأن الملك باق حكماً، والرد متعذر.. فيرجع بالنقصان دفعاً للضرر.

والتدبير والاستيلاد: بمنزلة الإعتاق؛ لأنهما وإن لم يزيلا الملك، ولكن النقل إلى ملك البائع تعذر بهما أيضاً.

(**وكذا**)؛ أي: يرجع بالنقصان (**إن ظهر**) العيب القديم (**بعد موت المشترى**) اسم مفعول؛ لأن الملك ينتهي بالموت؛ لامتناع الرد، وفيه إضرار للمشتري بما ليس بفعله، وهو: الموت، فيرجع بالنقصان دفعاً للضرر عنه.

ولو اشترى جارية وغاب البائع، ثم ظهر عيبها، ورفع المشتري الأمر إلى

وَإِن أعتقَ على مَالٍ أَو قُتِلَ.. لَا يَرجعُ بِشَيْءٍ.

وَكَذَا لَو أَكَلَ الطَّعَامَ كُلَّه أَو بعضَه، أَو لبسَ الثَّوْبَ فتخرّقَ.. لَا يرجعُ، خلافاً لَهما.

القاضي وأثبت عنده العيب والشراء، فأخذها القاضي ووضعها على يدي عدل، فماتت في يده وحضر البائع.. ليس للمشتري أن يسترد الثمن من البائع؛ لأن الرد عليه لم يتحقق بذلك؛ لمكان غيبته، فهلك على المشتري، ولكنه يرجع بنقصان العيب؛ دفعاً للضرر، كذا في «العمادي».

وقيل: هذا إذا لم يقض القاضي بالرد على البائع، بل أخذ منه ووضعها عند عدل.

أما إذا قضى عليه بالرد.. ينبغي أن يهلك من مال البائع، ويسترد المشتري الثمن منه؛ بناء على أن القضاء على الغائب نافذ في رواية، واختاره صاحب «الخلاصة».

(**وإن أعتق على مال**) [٥٦/ب] أو كاتبه (**أو قتل.. لا يرجع بشيء**)؛ أما الإعتاق.. فلأنه حبس بدله، وحبس البدل: كحبس المبدل، على ما في «الجامع الصغير».

وكذا الكتابة.

وعن أبي حنيفة: أنه يرجع في الإعتاق على مال؛ لأن الإعتاق إنهاء للملك على ما مر وإن كان بعوض؛ لأن المال ليس بأمر أصلي بدل من العوارض، وأما القتل.. فلأنه لا يوجد إلا مضموناً بالقصاص أو الدية، وإنما سقطا عنه ههنا باعتبار الملك بالشراء، فصار كالمستفيد بالملك عوضاً؛ أعني: سلامة نفسه عن القصاص، وماله عن الدية؛ هذا جواب ظاهر الرواية.

وعن أبي يوسف ـ وقيل محمد معه ـ: أنه يرجع؛ لأن قتل المولى عبده لا يتعلق به حكم دنيوي؛ أي: القصاص والدية، فصار كالموت، وفيه الرجوع على ما تقدم، وهذا قول الشافعي وأحمد.

(**وكذا لو أكل الطعام**) الذي اشتراه (**كله أو بعضه، أو لبس الثوب فتحرق.. لا يرجع**)، ولا برد ما بقي عند أبي حنيفة، (**خلافاً لهما**) وهو القياس؛ لأنه صنع في

المبيع ما يقصد بشرائه ويعتاد فعله فيه، فأشبه الإعتاق بلا مال، فيرجع بالنقصان.

ولهما في أكل البعض: روايتان؛ في رواية: أنه يرجع لما ذكر، وفي رواية: أنه يرد ما بقي بعد الأكل؛ لأنه لا يضره التبعيض ويرجع فيما أكله.

وفي بيع البعض عنهما روايتان أيضاً؛ في إحداهما: أنه لا يرجع بشيء أصلاً، كما هو قول أبي حنيفة، وفي الأخرى: يرد ما بقي؛ لعدم ضرر التبعيض، ويرجع بالنقصان فيما باع اعتباراً للبعض بالكل.

ولأبي حنيفة: أن الرد تعذر بفعل مضمون عن المشتري في المبيع، وهو: الأكل واللبس مع الخرق؛ كما إذا باع أو قتل، وباعتبار ملكه بالشراء استفادة البراءة عن الضمان.. فذلك بمنزلة عوض سلم له.

والجواب عن قولهما: أنه لا يعتبر بكونه مقصوداً؛ لأن البيع مما يقصد بالشراء أيضاً، ثم هو يمنع الرجوع بالاتفاق، وكذا الهبة مما يقصد بالشراء أيضاً، مع أنها تمنع الرجوع بالنقصان أيضاً.

وفي «الخلاصة»: ولو وهب أو تصدّق به أو استأجر أو صالح بالمبيع عن مال، ثم وجده معيباً.. لا يرجع بالنقصان. انتهى.

والصواب: أو أجر بدل استأجر. تأمل.

وفي الخامس والعشرين من «العمادية»: إذا امتنع الرد بفعل مضمون.. لم يكن للمشتري أن يرجع بنقصان العيب؛ كما إذا خرج المبيع من ملكه ببيع أو هبة، ثم اطلع على عيب.. لم يكن له أن يرجع بنقصان العيب.

والفقه في ذلك: أن المشتري صار ممسكاً؛ لأن البائع يقول: أدها إلي حتى أقبلها، ولو باع بعضها كذلك.. لا يرجع [٥٧/أ] بنقصان العيب فيما باع، ولا يرد ما بقي في قول أصحابنا الثلاثة، ولا يرجع بالنقصان. انتهى.

أقول: والفتوى على رد ما بقي؛ لما في فصل ما يرجع بنقصان العيب: إن

وَإِن شرى بيضاً أَو جَوزاً أَو بطيخاً أَو قِثَّاءَ أَو خِياراً فَكَسرهُ فَوَجَدَهُ فَاسِداً؛ فَإِن كَانَ يُنْتَفع بِهِ.. رَجَعَ بنقصانه، وإِلّا.. فبكلِّ ثمنه.

اشترى طعاماً فباعه، ثم علم أن العيب كان عند البائع.. لا يرجع بنقصان العيب.

وإن باع بعضه، ثم وجد به عيباً؛ عند أبي حنيفة وأبي يوسف وبعض الروايات عن محمد: لا يرد ما بقي، ولا يرجع بنقصان العيب، لا فيما باع، ولا فيما بقي.

وعن محمد في رواية: لا يرجع بنقصان ما باع، أو يرد الباقي بحصته من الثمن.

وبه أخذ الفقيه أبو جعفر والفقيه أبو الليث، وعليه الفتوى.

(**وإن اشترى بيضاً أو جوزاً أو بطيخاً أو قثاء**) وهي نوع من الفاكهة يشبه الخيار (**أو خياراً**) أو غيرها من الفواكه، (**فكسره**) غير عالم بعيبه ـ لأنه لو كسره بعد علمه بعيبه.. لا شيء له على البائع أصلاً على ما في «الخلاصة»؛ لأن كسره بعد علمه بعيبه: قبول منه ـ (**فوجده فاسداً**)؛ بأن كان منتناً أو مرّاً؛ (**فإن كان ينتفع به**) أي المكسور ، ولو لعلف الدواب (**.. رجع بنقصانه**)، إن لم يتناول منه شيئاً بعدما ذاقه ولم يعلم عيبه حين كسر؛ دفعاً للضرر بقدر الإمكان من الجانبين.

وأما إذا تناوله بعد ذوقه أو كسره عالماً بعيبه.. لم يرجع بشيء على البائع؛ لكونه راضياً.

(**وإلا**)؛ أي وإن لم يكن المكسور منتفعاً به أصلاً (**.. فبكل ثمنه**)؛ أي: يأخذ كل الثمن؛ لأنه بالكسر تبين أنه ليس بمال، فيكون البيع باطلاً في الكل.

فإن قيل: هذا صحيح في البيض؛ لأن قشره لا قيمة له، وأما الجوز: فربما يكون لقشره قيمة في بعض المواضع يستعمل استعمال الحطب؛ لعزة الحطب، فيجوز أن يكون العقد صحيحاً في القشر بحصته؛ لمصادفته المحل، ويرجع على البائع بحصة اللب، على ما ذهب إليه بعض مشايخنا.

أجيب: بأن المختار أنه لا عبرة لصلاحية القشر أصلاً؛ لأن مالية الجوز باعتبار اللب دون القشر.

وَلَو وجدَ البَعْضَ فَاسِداً وَهُوَ قَلِيلٌ كالواحدِ والاثنينِ فِي المِائَةِ.. صَحَّ البيع، وإِلّا.. فسدَ وَرجع بِكُل ثمنه.

وَمن بَاعَ مَا شراهُ فَرُدَّ عَلَيْهِ بِعَيْبٍ بِقَضَاء بِإِقْرَارٍ، ....

(ولو وجد البعض)؛ أي بعض المبيع المتعدد (فاسداً وهو قليل، كالواحد والاثنين في المائة.. صح البيع) استحساناً، وليس له أن يخاصم البائع لأجله؛ لأنه عند الإقدام: قد رضي ما هو المتعارف، ونحو الجوز: لا يخلو عن قليل فساد، وقد رضي به.

وفي «البحر»: القليل: الثلاث وما دونه في المائة، والكثير: ما زاد على الثلاث.

(وإلا) أي: وإن لم يكن الفاسد أقل (.. فسد) لبيع؛ لأن للأكثر حكم الكل، (ورجع بكل ثمنه) عند أبي حنيفة.

وعندهما: يجوز بحصة الصحيح منه، هذا اختيار بعض المشايخ [٥٧/ب] وهو الأصح على ما في «التبيين».

وقال بعض مشايخنا: إنه فسد بالاتفاق؛ لأنه جمع بين المال وغير المال.

والجواب: أن الجمع بينهما إنما يفسد لو كان التفريق يضر بالباقي، وإلا.. فلا.

قلت: إن الفاسد لما لم يكن مالاً، وكان البيع في مال ضمّ إلى ما ليس بمال باطلاً؛ كبيع قن ضمّ إلى حرّ، على ما سيأتي.. لا تفيد عدم ضرر التفريق بالباقي صحته، وإلّا.. لزم صحة البيع في القن الذي ضم إلى الحرّ، فمنه ظهر قوة قول بعض المشايخ.

(ومن باع)؛ أي قبل أن يطلع العيب (ما شراه فرد عليه بعيب بقضاء بإقرار)، وذلك بأن يدعي على بائعه؛ وهو المشتري الأول: أنه أقر بالعيب، وأنكره بائعه، فأثبته المدعي بالبينة، كذا ذكره في «الهداية»، وقال في «العناية»: إنما احتيج إلى هذا التأويل؛ لأنه إذا لم ينكر إقراره.. لا يكون الرد محتاجاً إلى القضاء، بل يرد عليه بإقراره بالعيب، وحينئذ ليس له أن يرده على بائعه؛ لأنه كالإقالة، ويرده ما في

أَو نُكُولٍ، أَو بَيِّنَةٍ.. رَدَّه على بَائِعه.

«الفصولين»: حيث قال: لا حاجة إلى هذا التأويل؛ لأنه يمكن أن لا ينكر إقراره، مع أنه لا يرضى بالرد، فيرد بحكم القاضي.. فلا يكون بيعاً في حقّ بائعه؛ لعدم الرضاء؛ كما في وكيل البيع إذا ردّ القاضي بإقراره، بخلاف ردّه بإقراره بلا حكم.. فإنه بيع في حق الثالث. انتهى.

(أو نكول) عن يمين عن إنكار العيب، **(أو بينة)** على وجود العيب **(.. رده على بائعه)**؛ إذا ثبت أن العيب كان عند البائع الأول، كذا في «شرح المجمع».

وذلك؛ لأن الرد بالقضاء: فسخ للعقد من الأصل، فجعل البيع الثاني كأن لم يكن، والبيع الأول باق.. فله الرد على بائعه.

وكذا الوكيل بالبيع؛ فإنه لو رده عليه المبيع بعيب بالبينة.. فهو رد على الموكل، ولا حاجة للوكيل إلى الخصومة مع موكله؛ لأن البيع هنا بيع واحد، فرده على الوكيل: ردّ بعينه على الموكل، على ما سيأتي تفصيله في باب الوكيل بالبيع.

ثم ما ذكره المصنف هو المشهور من الرواية عند محمد أنه لا يرده على بائعه إن رد عليه ببينة؛ لأنه أنكر قيام العيب به إقراراً منه على أنه سليم من العيب؛ فلو كان له الرد.. لكان مناقضاً.

وأجيب عنه: بأنه قد صار مكذباً شرعاً، فيبطل إقراره.. فلا تناقض.

وفي «الحقائق»: أن موضع الخلاف دعوى وجود العيب عند البائع الأول؛ إذ لو أقام المشتري الثاني بينة، على أن العيب كان عند المشتري الأول.. ليس له أن يخاصم بائعه بالاتفاق؛ للتناقض.

فإن قيل: إنه لما باشر سبب الفسخ ـ وهو النكول أو الإقرار بالعيب ـ كان راضياً بالمسبب في الرد عليه بالنكول أو الإقرار بالعيب.. لا يلزم الرد على بائعه على ما هو مذهب زفر.

وَلَو قَبلَه بِرِضَاهُ.. لَا يَرُدُّ عَلَيْهِ.

قلنا: [٥٨/أ] المسألة مفروضة فيما إذا أقر بالعيب وأبى عن القبول، فرد عليه القاضي جبراً.. فالفسخ يثبت جبراً بقضاء القاضي، لا بإقراره، ولا بنكوله، فينفذ قضاؤه في حق الكافة، فكان له أن يرده على بائعه؛ لأنه لما فسخ العقد جبراً.. عاد إليه قديم ملكه، فصار كأنه لم يخرج عن ملكه.

فإن قيل: قد ثبت أنه: لو باع أمته الحبلى وسلّمها، ثم ردت بعيب بقضاء، ثم ولدت فادعاه أبو البائع.. لم تصح دعوته.

وأنه: لو أحال البائع غريمه على المشتري بالثمن، ثم رد المبيع بعيب بقضاء.. لم تبطل الحوالة.

وأنه: لو باع عقاراً فرد بعيب بقضاء.. لم يبطل حق الشفعة للشفيع، على ما صرح به في «الزيلعي» وغيره.

فلو كان القضاء فسخاً من الأصل.. لزم أن تصح دعوة الأب، وأن تبطل الحوالة والشفعة.

أجيب عنه: بأن حكم الفسخ إنما يظهر فيما يستقبل لا فيما مضى، ودعوة الأب وبراءة ذمة المحيل وثبوت الشفعة: مما يثبت قبل الفسخ بالبيع وبالحوالة.. فلا يسقط بالفسخ بعده، ألا ترى أن الواهب إذا رجع في الهبة.. كان فسخاً في حق ما يستقبل من الأحكام لا في حق ما مضى، حتى لا يجب على الواهب زكاة ما مضى من السنين.

ولو وهب داراً وسلمها، فبيعت دار بجنبلها فأخذها الموهوب له بالشفعة ثم رجع الواهب عن الهبة.. لم يكن له أخذ الدار المشفوعة بالشفعة؛ على ما في «فتح القدير».

(**ولو قبله برضاه**)؛ أي: ولو رد عليه بعيب قبل القضاء برضاه (**.. لا يرده عليه**)؛ أي: على بائعه؛ لأنه إقالة حكماً، وهو بيع جديد في حق ثالث، وإن كان فسخاً في

حقهما، والثالث هنا: هو البائع الأول، فصار كأن المشتري الأول اشتراه من المشتري الثاني، ولو اشتراه المشتري الأول من المشتري الثاني ـ لم يكن له أن يرده على البائع الأول.. فلا خصومة، فكذا هذا.

وهذا إذا كان الرد على المشتري الأول بعد قبض المشتري الثاني؛ أما إذا كان قبل القبض.. فلا فرق بين ما كان الرد بقضاء أو بغيره؛ لأن الرد قبل القبض بالعيب.. فسخ في حق الكل، سواء كان بقضاء أو برضاء، فصار كالرد بخيار الشرط، أو بخيار الرؤية؛ في عدم التوقف في الفسخ على قضاء القاضي.

وأشار بإطلاقه: **إلى أن العيب الذي لا يحدث مثله في مدة كونه في ملك المشتري الأول** إلى رد المشتري الثاني؛ كالإصبع الزائدة أو الناقصة، **والذي يحدث مثله في تلك المدة**؛ كالقروح والأمراض.. **سواء في الرد على البائع الأول في الفسخ بالقضاء، وفي عدم الرد عليه في القبول بالرضاء بلا قضاء**، وهو المذكور [٥٨/ب] في عامة الروايات.

قالوا: وهو الأصح.

وذكر في بعض روايات البيوع من «الأصل»: أن العيب إذا كان مما لا يحدث مثله، وقد ردّه بالتراضي.. فله أن يرده على بائعه؛ للتيقن بوجوده في يد البائع.

ثم قيل: ينبغي أن يكون هذا في غير العقار، ولا يفرق في العقار بين أن يكون بعد القبض وأن يكون قبله؛ لأن بيع العقار قبل القبض جائز، فيمكن جعله بيعاً جديداً في حق غيرها.

وفي «الخلاصة» عن «الجامع الكبير»: لو أن البائع مع المشتري جدّد البيع ثانياً بأقل من الثمن الأول أو بأكثر، ثم ردّ عليه بعيب.. لم يكن له أن يرد على بائعه الأول؛ لأنهما قبل التجديد فسخا البيع بتراضيهما، فصار كالإقالة.

ثم قال فيها نقلاً عن «الخزانة»: رجل اشترى من آخر غلاماً وباعه من غيره، ثم

وَمن قبضَ مَا شراه ثُمَّ ادّعى عَيْباً.. لَا يجبرُ على دَفْعِ ثمنِهِ، ولكن يبرهنُ

جحد المشتري الثاني الشراء، وحلف عند القاضي، ولزم المشتري الأول، فوجد به المشتري الأول عيباً، فأراد أن يرده على بائعه.. له ذلك؛ لأن القاضي فسخ البيع بينهما وعاد إليه بالملك.

وكذا لو صدقه على الشراء.

غير أنهما تصادقا على أن البيع تلجئة. وكذا لو تصادقا على خيار رؤية المشتري، ولو تصادقا على أنه لم يكن في البيع خيار، ثم جعل أحدهما لصاحبه الخيار فقبض صاحب الخيار المبيع.. ليس له أن يرد على بائعه الأول؛ لأن الفسخ بتراضيهما، فصار كالإقالة، ولو ادعى البائع على إنسان شراه، وكذبه المشتري؛ فإن ترك الخصومة بغير قضاء.. ليس له أن يرده على بائعه، وإن كان بقضاء.. رده المشتري.

إذا أراد الرد بالعيب؛ فأقام البائع البينة على إقرار المشتري أنه باعه.. بطل حق الرد بالعيب.

إذا اشترى عبداً فباعه من غيره، ثم رد عليه بعيب بغير قضاء.. ليس له أن يرده على بائعه؛ لأنه كبيع جديد. انتهى.

(**ومن قبض ما شراه، ثم ادعى عيباً.. لا يجبر على دفع ثمنه**)؛ لأنه أنكر وجوب دفع الثمن؛ حيث أنكر تعيين حق البائع بدعوى العيب، ولأنه لو قضى بالدفع.. فلعله يظهر العيب، فينقض القضاء.. فلا يقضى به؛ صوناً للقضاء عن البطلان.

(**ولكن يبرهن**)؛ أي: المشتري يقيم البرهان على ثبوت العيب، وذلك بأن يقيم أولاً؛ لأن العيب الذي يدعى فيه وجد بالمبيع عنده، ثم يقيم البينة على أن هذا العيب بالمبيع كان عند البائع.

أما الأول: فلأنه لو لم يثبت أولاً وجود العيب عنده.. لم يكن له خصومة للرد بالعيب؛ لأن وجود العيب، شرط لصحة الدعوى على ما تقدم.

أَو يُحلِّفُ بَائِعَه؛ ....

وأما الثاني: فلاحتمال أنه حدث عنده لا عند البائع.. فلا يستحق عليه الرد، (**أو يحلف**) ـ من التحليف لا من الحلف؛ لأن المؤثر [٥٩/أ] في الجبر: هو التحليف لا الحلف ـ (**بائعه**) على عدم العيب عنده؛ فإن برهن المشتري.. فهو مخيّر بين دفع الثمن وبين ردّ المبيع، وإن حلف البائع.. يتوجه الإجبار على المشتري بدفع الثمن.

واعلم: أنه وقع عبارة «الهداية» هكذا: ومن اشترى عبداً فقبضه فادعى عيباً.. لم يجبر على دفع الثمن؛ حتى يحلف البائع أو يقيم المشتري بينة.

وهكذا وقع في «الجامع الصغير» أيضاً.

وإنما عدل المصنف عنه إلى ما ترى من قوله؛ لأنه استشكل على عبارة «الهداية» بأن عطف قوله: «أو يقيم المشتري» يقتضي كون إقامة البينة غاية؛ لعدم الجبر كالتحليف، وليس كذلك؛ لأن عدم الجبر لا ينتهي بإقامة البينة، بل يستمر.

وأجيب عنه بوجوه:

الأول: أن يجعل الكلام من باب: «علفتها تبناً وماء بارداً».

وردّ: بأنه لا يجوز جعله من هذا الباب، وإلّا يقدر بعد العاطف فعل مع ضميريه المرفوع والمنصوب؛ لأن المراد من باب علفتها على ما صرّح به في «المغني»، وهو غير صحيح هنا.

والثاني: أن يجعل الغاية حقيقة ظهور وجه الحكم العام للغايتين.

ورد: بأن هذا لا يدفع شيئاً من الإشكال؛ لأن ظهور وجه الحكم ليس بغاية لعدم الجبر على إطلاقه، بل باعتبار تحققه في ضمن أحد فرديه والتحليف، اللهم إلا أن يأوّل عدم الجبر بأمر عام أيضاً، أي الحكم، فالمعنى: لا يحكم بينهما حتى يظهر وجه الحكم.

والثالث: أن يجعل عدم الجبر كناية عن الانتظار.

.........،..

ورد: بأن الملزوم لعدم الجبر هو الانتظار المختص بالجبر على دفع الثمن، لا الانتظار العام حتى يحصل المرام.

ودفع: بأن المعتبر في بابي المجاز والكناية عند أهل البيان: هو اللزوم في الجملة، فتصح الكناية عن الانتظار المطلق، وبأن الانتظار المختص بالجبر ينقطع بالبينة كما ينقطع بالتحليف؛ لأن الانتظار على وجود شيء كما ينقطع عند حصوله.. ينقطع عند البأس عنه أيضاً.

والرابع: أن الاستشكال تام بالنظر إلى المنطوق؛ إذ هو: انتهاء عدم الإجبار عند أحد الأمرين من التحليف وإقامة البينة، ولم ينته عند الثاني.

والخامس: أن يجعل العطف عطفاً على المغيا لا على الغاية.

ورد: بأنه لا يوجد حينئذ بين المعطوفين حسن تقابل، ولذا يأبى عنه الذوق السليم.

والسادس: جعل المغيا مقيداً بشرط الوجوب على معنى: أنّ المنتفي هو الجبر الواجب فينتهي بالنسبة إلى التحليف بارتفاع عدم الجبر، وبالنسبة إلى إقامة البينة بارتفاع الوجوب.

ورد: بأنه صح عند إقامة البينة قولنا: «الجبر على [٥٩/ب] دفع الثمن الواجب منتف، إلا لصدق نقيضه، فيلزم الجبر» وهو باطل.

فظهر: أن المغيّا لم ينقطع بإقامة البينة.

والسابع: جعل المغيّا تعيّن عدم الجبر لا لعدم نفسه؛ لأنه ينتهي بإقامة البينة؛ لاحتمالها: القبول فلا يجبر، والرد فيجبر.

ورد: بأنّ إقامة البينة إنما تتحقق بالقبول لا بمجرد إحضار الشاهدين، ولو سلّم، لكن مقابلة التحليف تقتضي أن يكون المراد هنا ما ذكر، فظهر عدم انتهاء المغيّا بالبينة.

فإنْ قَالَ: شهودي غُيَّبٌ.. دَفَعَ إنْ حلف بَائِعُه، وَلزِمَ العَيْبُ إن نكلَ.

وَمن ادّعى إِباقَ مشريِّهِ...

والثامن: حمل كلمة «أو» على الإضراب؛ كما في قول الشاعر:

كانوا ثمانين أو زادوا [ثمانيـأة] ....[1]

فالمعنى: لم يجبر على دفع الثمن حتى يحلف البائع، بل يقيم المشتري بينة، فيظهر حينئذ وجه تأخير إقامة البينة في الذكر.

ورد: بأن هذا إنما يستقيم على قول الكوفيين؛ لأن المنقول عن سيبويه أنه مشروط بشرطين: تقدم نفي أو نهي، وإعادة العامل.

إذا عرفت هذا.. فالمصنف عدل عن الغاية إلى الاستدراك بكلمة لكن، وقدم البرهان على التحليف؛ حذراً عن التكلفات المذكورة.

(**فإن قال**)؛ أي المشتري: (**شهودي غيب.. دفع**) الثمن إلى البائع (**إن حلف بائعه**)؛ لأن في الانتظار ضرراً له، وليس في دفع الثمن كثير ضرر للمشتري؛ لأنه على سبيل من إقامة الحجة عند حضور شهوده فيأخذ ثمنه.

فإن قيل: في بقاء المشتري على حجته بطلان قضاء القاضي، وذلك باطل.

قلنا: إن القضاء هنا مؤقت بحضور الشهود.. فلا يلزم البطلان.

(**ولزم العيب إن نكل**) البائع؛ لأن النكول عن اليمين حجة في ثبوت العيب، خلاف الحدود والقصاص؛ فإن النكول ليس بحجة فيها بالإجماع.

وبخلاف الأشياء الستة؛ فإن النكول فيها ليس بحجة أيضاً عند أبي حنيفة.

(**ومن ادعى إباق مشريه**): هذا شروع في بيان كيفية ترتيب الخصومة في عيب الإباق ونحوه؛ أي: في كل عيب يمكن أن يطلع عليه الرجال بالإخبار، ويمكن حدوثه؛ كالسرقة والبول في الفراش والجنون والزنا والشرب.

---

(١) صدر بيت من البسيط، وهو لجرير في «ديوانه» (١٥٦)، من قصيدة له في مدح هشام بن عبد الملك.

وقد ذكرنا مراراً أن العيوب أربعة أنواع:

الأول: هو هذا؛ أعني: ما يعرف بالإخبار، ويمكن حدوثه، وكيفية ترتيب الخصومة، وطرق الرد به على البائع مذكور في الكتاب، وقد ذكرناه آنفاً.

والثاني: ما يكون ظاهراً يعرف بالمشاهدة، ولا يحدث مثله أصلاً، أو من وقت البيع إلى وقت الخصومة؛ كالإصبع الزائدة والعمى والإصبع الناقصة والسن الزائدة والناقصة؛ فطريق الرد فيه: أن يقضي القاضي بالرد، إذا طلب المشتري غير تحليف التيقن به في يد البائع أو المشتري، إلا أن يدعي البائع رضاه به، أو العلم به عند الشراء، أو الإبراء منه؛ فإذا ادّعاه.. سأل [٦٠/أ] المشتري؛ فإن اعترف.. امتنع الرد، وإن أنكر.. أقام البائع البينة عليه، وإن عجز عنها.. يستحلف المشتري: ما علم به وقت البيع أو ما رضي به؛ فإن حلف.. ردّه، وإن نكل.. امتنع الردّ.

والثالث: ما يكون عيباً باطناً لا يعرفه إلّا الأطباء؛ كوجع الكبد والطحال؛ فإن اعترف به.. رده عندهما، وكذا إذا أنكره فأقام المشتري البينة، أو حلف البائع فنكل، إلا أن يدّعي الرضاء أو العلم به وقت البيع.. فيعمل بما ذكرناه في القسم الثاني.

وإن أنكره عند المشتري.. يريه طبيبين مسلمين عدلين، والواحد يكفي، والاثنان أحوط؛ فإذا قال: به ذلك.. يخاصمه في أنّه كان عنده.

والرابع: ما يكون عيباً لا يطلع عليه إلا النساء؛ كالرتق والقرن والثيابة وقد اشترى بشرط البكارة.. فعلى ما ذكر في الثالث، إلّا أنه: إذا أنكر قيامه في الحال.. أريت النساء؛ والمرأة العدلة كافية؛ فإذا قالت: ثيباً أو قرناء.. ردت بقولها عندهما كما تقدم.

وإذا انضم إليه نكوله عند تحليفه، غير أن القرن ونحوه إن كان مما لا يحدث.. تردّ عند قول المرأتين هي قرناء بلا خصومة في أن ذلك كان عند البائع؛ للتيقن

يبرهنُ أَولاً أنّه أبقَ عِنْدَه، ثمَّ يُحَلِّفُ بَائِعَه بِاللهِ لقد بَاعه، وَسلَّمهُ وَمَا أبق قطّ، أَو بِاللهِ مَا لَهُ حقُّ الرَّد عَلَيْك من الوَجْه الَّذِي يَدَّعِي، أَو بِاللهِ مَا أَبَق عنْدك قطُّ.. لَا: بِاللهِ لقد بَاعه وَمَا بِهِ هَذَا العَيْبُ، ....

بذلك كما في الإصبع الزائدة، إلا أن يدّعي رضاه.. فعلى ما ذكر، كذا في «فتح القدير»، وقد ذكرناه في أول الفصل عند شرح الضابطة أوضح منه.

(يبرهن) المدعي (أولاً أنّه أبق عنده)؛ لأنه إذا لم يوجد العيب عند المدعي.. ليس له أن يرده بالعيب؛ فإن أقام بينة على وجود العيب عنده.. سمع دعواه، فيقال للبائع: هل كان عندك هذا العيب في الحالة التي كانت عند المشتري من الصغر والكبر؟

فإن قال: نعم.. ردّه عليه إن لم يدعي عليه الرضاء أو العلم أو الإبراء، وأن أنكر وادّعى اختلاف الحال.. يقال للمشتري: ألك بينة؟ فإن أقامها عليه.. رده عليه، وإن لم يكن له بينة وطلب اليمين من البائع.. يستحلف.

ولذا قال: (ثم يحلف بائعه) على البتات، وإنما لم يحلف قبل إقامة المشتري البينة؛ لأن القول وإن كان للبائع؛ لكونه منكراً.. لكن إنكاره إنما يعتبر بعد ثبوت العيب في يد المشتري؛ لما ذكرناه: إنما يكون بالحجة أولاً، وإنما حلف على البتات - مع أنه تحليف على فعل الغير، وذلك غير جائز؛ لما ذكره شمس الأئمة الحلواني: أن التحليف على فعل الغير: يكون على العلم مطرداً في جميع المسائل؛ إلا في دعوى الإباق: حيث يحلّف فيها على البتات - لأن البائع يدعي تسليم المبيع سليماً؛ فالاستحلاف: يرجع إلى ما ضمن بنفسه، ويقال في التحليف: (بالله لقد باعه وسلمه، وما أبق) عنده (قط)؛ على ما ذكره في «الجامع الصغير».

(أو: بالله ما له [٦٠/ب] حق الرد عليك من الوجه الذي يدعي، أو: بالله ما أبق عندك قطّ.

لا : بالله لقد باعه وما به هذا العيب)؛ لأن العيب قد يكون بعد البيع قبل

أَو لقد بَاعَه وَسلَّمهُ وَمَا بِهِ هَذَا العَيْب.

وَفِي إِباق الكَبِيرِ.. يُحَلَّفُ بِاللهِ مَا أبقَ مُنْذُ بلغَ مبلغ الرِّجَال.

وَعند عدمِ بَيِّنَةِ المُشْتَرِي على إِباقه عِنْدَه.. يُحَلَّفُ البَائِعُ عِنْدهمَا: أَنَّه مَا يعلمُ أَنَّه أبقَ عِنْده وَاخْتلفُوا على قَول الإِمَام؛............

التسليم، وهو موجب للرد، وفي ذلك غفلة عن هذا المعنى، وبه يتضرر المشتري.

(أو: لقد باعه وسلّمه وما به هذا العيب)؛ لأن فيه ترك النظر للمشتري؛ لأنه حينئذ يتعلق الحنث بقيام الحالين حالتي البيع والتسليم، والمعلق بالشرطين.. لا يزيل إلا عند وجودهما جميعاً؛ فلو باعه وحدث عيب فسلمه.. لم يحنث في يمينه؛ لأنه يقصد، عدم وجود العيب في الحالين جميعاً، وبه يتضرر المشتري.

(وفي إباق الكبير: يحلف بالله ما أبق منذ بلغ مبلغ الرجال)؛ لأن الإباق في الصغر.. لا يوجب رده بعد البلوغ؛ لما تقدم.

فلو حلف مطلقاً.. كان ترك النظر في حق البائع؛ لأنه إذا أبق في يد المشتري بعد البلوغ، وقد كان أبق عند البائع في حالة الصغر ومثل هذا الإباق غير موجب للرد.. امتنع البائع عن اليمين؛ حذراً عن اليمين الكاذبة، فيقضي عليه بالرد لنكوله ويتضرر به.

(وعند عدم بينة المشتري)، مربوط بقوله: «يبرهن» أولاً.

(على إباقه عنده.. يحلف البائع عندهما: أنه ما يعلم أنه أبق عنده) أي عند المشتري.

(واختلفوا في قول الإمام) أبي حنيفة على ما ذكره الطحاوي: أنه هل يحلف أو يتحقق العجز عن الخصومة؟

فعن القاضي أبي الهيثم: أن الخلاف مذكور في «النوادر»؛ فعند أبي حنيفة: لا يحلف، وعندهما: يحلف.

وذكر أبو المعين النسفي في «شرح الجامع الكبير» وقال: قال بعض: منهم الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن حامد: لا خلاف في هذه، وتخصيص قولهما بالذكر لا يدل على أن قول أبي حنيفة خلاف قولهما، بل قوله مثل قولهما.

ووجه قوله: على تقدير تحقق الخلاف: أنّ الدعوى معتبرة؛ لأنه يترتب عليها البينة، فيترتب عليها التحليف أيضاً بالاستقراء.

ولأبي حنيفة: أن الحلف يترتب على دعوى صحيحة، ولا تصح الدعوى إلا عن خصم، ولا يصير المشتري ههنا خصماً إلّا بعد إثبات العيب، وقد عجز عنه، ولا نسلم أن كل ما يترتب عليه البينة يترتب عليه التحليف؛ فإن دعوى الوكالة يترتب عليها البينة دون التحليف، والبينة لا تستلزم الدعوى، فضلاً عن صحتها، بل قد تقوم على ما لا دعوى فيه أصلاً؛ كما في الحدود وحقوق الله الخالصة، بخلاف التحليف؛ فإنه شرع لقطع الخصومة، فكان مقتضياً سابقة الخصم، ولا يكون المشتري ههنا خصماً، إلا بعد إثبات قيام العيب في يده، ولم تثبت.

وأما البينة ههنا: فمشروعة لإثبات كونه خصماً.. فلا يستلزم كونه خصماً، قال في «القنية» [٦١/أ]. في باب من يصلح خصماً ومن لا يصلح: وقد يكون الإنسان خصماً في البينة دون اليمين في عشر مسائل أو أكثر.

منها: أدعى عبدين في يد رجل، فأنكر، ثم صالحه من دعواه على أحدهما بعينه، ثم أقام بينة أن العبدين له.. فله أن يأخذ الآخر، ولو أ راد أن يحلف ذا اليد.. ليس له ذلك.

ومنها: أن الوكيل بالشراء رد المبيع بالعيب، فقال البائع: رضي الأمر به.. تقبل البينة على رضاء الآمر، وليس له أن يحلف الوكيل.

ومنها: الوكيل بطلب الشفعة، ادعى عليه المشتري أن الموكل سلم الشفعة.. تقبل بينته، ولا يحلف الوكيل عليه.

فإِنْ نكل على قَوْلهمَا.. حُلِّف ثَانِياً كَمَا مرَّ.

وَلَو قَالَ بَائِعه بعد التَّقَابُضِ: بِعْتُكَ هَذَا مَعَ آخرَ، وَقَالَ المُشْتَرِي: بل وَحدَه.. فَالْقَوْلُ لَهُ.

ومنها: الوكيل بقبض الدين، ادعى عليه المديون أنه أوفى رب الدين دينه، وأقام بينة عليه.. تقبل، ولا يحلف الوكيل بالعلم إذا لم يكن له بينة.

ومنها: إذا ادعى أني وكيل فلان وأنكر.. تقبل البينة، ولا يحلف.

ومنها: إذا ادعى أن فلاناً الميت أوصى إلي وإلى هذا فأنكر.. تقبل البينة عليه، ولا يحلف.

ومنها: أن الأب فيما ادعي على ابنه الصغير: خصم في سماع البينة دون اليمين.

ومنها: أنّ من ادعى على ميت مالاً أو حقاً من الحقوق، وقدم وصيه الذي ليس بوارث إلى الحاكم.. فليس له أن يحلفه؛ لأن اليمين لرجاء النكول، والنكول بذل أو إقرار، وليس للوصي، ولا للأب في حق الصغير ذلك، ولو كان الوصي وارثاً.. يحلف؛ لأنه يملك البذل في حصته. انتهى.

(**فإن نكل على قولهما**) البائع عن اليمين على العلم أنه: ما يعلم أنه أبق عند المشتري، وهو لصحة الدعوى (**..حلف**) البائع (**ثانياً**) على البتات للرد (**كما مر**) أي: بالله ما له حق الرد عليك، ونحوه مما ذكر.

(**ولو قال بائعه بعد التقابض**)؛ أي: تقابض المبيع والثمن: (**بعتك هذا مع آخر**)، وفائدة هذه الدعوى للبائع: جرّ نفع جعل الثمن حصة للمعيب وغير المعيب؛ على تقدير الرد.

(**وقال المشتري: بل وحده.. فالقول له**) أي للمشتري؛ لأن الاختلاف في مقدار المقبوض، والقول فيه للقابض؛ لأنه أعرف بما قبضه؛ كما في الغصب؛ فإنه إذا اختلف الغاصب والمغصوب منه في مقدار المغصوب.. فالقول للغاصب؛ لأنه قابض.

وَكَذَا لَو اتفقَا فِي قَدْرِ المَبِيعِ، وَاخْتلفَا فِي المَقْبُوضِ.

(**وكذا**)؛ أي القول للمشتري، (**لو اتفقا في قدر المبيع**) بأنه اثنان مثلاً، (**واختلفا في المقبوض**) بأن قال البائع: قبضتهما، ويقول المشتري: لا، بل قبضت واحداً منهما.. فالقول للمشتري؛ لما ذكر من أنه قابض، فيكون أعرف بما قبضه كما وكيفاً.

وهل يكون القول مع يمينه أو بدون اليمين؟

قالوا: مع يمينه؛ لأن كلّ من يكون القول قوله.. فهو مع يمينه، إلّا في مسائل معدودة في «القنية».

منها: أن الوصي قال لليتيم: أنفقت عليك كذا من مالك [٦١/ب] وذلك نفقة مثله، أو قال: ترك أبوك رقيقاً فأنفقت عليه من مالك كذا، ثم مات الرقيق أو أبق، وقال الصغير: ما ترك أبي رقيقاً، أو قال الوصي: اشتريت لك رقيقاً، وأدّيت الثمن من مالك وأنفقت عليه كذا.. فهو مصدق في ذلك كله مع اليمين، إلا أن مشايخنا كانوا يقولون: لا يستحسن أن يحلف الوصي إذا لم يظهر منه خيانة.

ومنها: ما روي عن محمد: قاض باع مال اليتيم فرده المشتري عليه بعيب، فقال القاضي: أبرأتني منه.. فالقول قوله بلا يمين.

وكذا: لو ادّعى رجل قبل القاضي إجارة أرض ليتيم، وأراد تحليفه.. لم يحلف؛ لأن قوله على وجه الحاكم، وكذا في كل شيء يدعى عليه.

وعن أبي يوسف: ادّعى الموهوب له هلاك الموهوب عند إرادة الواهب الرجوع.. فالقول له بدون اليمين.

ومنها: لو قال الواهب: شرطت لي عوضاً، وقال الموهوب له: لم أشترط.. فالقول له بدون اليمين.

ومنها: اشترى العبد شيئاً، فقال البائع: أنت محجور، وقال العبد: أنا مأذون.. فالقول له بدون اليمين.

وَلَو اشْترى عَبْدَيْنِ صَفْقَةً وَقبضَ أَحدَهُمَا، وَوجدَ بالمقبوضِ أَو بِالْآخرِ عَيْباً.. ردَّهما أَو أخذَهُما.

ومنها: اشترى لابنه الصغير داراً، ثم اختلفا مع الشفيع في الثمن.. فالقول للأب بدون اليمين.

ومنها: إذا اشترى داراً، فجاء الشفيع وأنكر المشتري الشراء، وقال: إنها لابني الصغير، ولا بينة للشفيع.. لا يحلف المشتري، بل القول له بدون اليمين.

ومنها: أقرّ وصيّ بالنفقة على اليتيم، أو القيم على الوقف؛ ومال الصبي والوقف في يده، أو نحو ذلك من الأمناء.. قبل قوله بلا يمين إذا كان ثقة؛ لأن في اليمين تنفير الناس عن الوصاية؛ فإن اتهم.. قيل: يستحلف بالله ما كنت خنت في شيء مما أخذت به.

وقيل: ينبغي للقاضي أن يقدر شيئاً فيستحلف عليه، وكذا هذا فيمن ادعى خيانة مطلقة على مودعه، قيل: لا يستحلف حتى يقدر، وقيل: يستحلف بالله ما خان فيما ائتمن؛ فإن حلف.. برئ، وإن نكر.. يجبر على بيان قدر ما نكل عنه.

(**ولو اشترى عبدين**) أو ثوبين ـ وليس المراد بالعبدين التخصيص، بل التمثيل على ما صرح به في «البحر»؛ حيث قال: والعبدان مثال، والمراد: عبدان أو ثوبان أو نحوهما. انتهى ـ (**صفقة وقبض أحدهما، ووجد بالمقبوض أو بالآخر عيباً.. ردهما أو أخذهما**).

أما الثاني: وهو الذي وجد العيب في الآخر؛ فلأنه لو رد المعيب وحده وهو الآخر.. لزم تفريق الصفقة قبل التمام؛ لأنها لا تتم إلا بقبضهما جميعاً، ولم يوجد؛ وتفريق الصفقة قبل التمام.. لا يجوز على ما تقدم.

فإن قيل: لا نسلم أن هذا؛ أي رد أحدهما بعد قبض أحدهما فقط تفريق للصفقة قبل التمام، كيف وإن الصفقة قد تمت بالإيجاب [٦٢/أ] والقبول، وإنما يكون

وَلَا يَرُدُّ المَعِيبَ وَحدَه؛ إِلّا إِنْ ظهرَ العَيْبُ بعدَ قبضهما.

تفريقاً لها قبل التمام؛ فيما لو قال البائع: بعتكهما بألف، فقال المشتري: قبلت في هذا بخمسمائة.

قلنا: إن تفريقها في المثال المذكور، وتفريقها في نفس العقد قبل تمامه، وتفريقها فيما نحن فيه.. تفريق في المعقود عليه قبل القبض بتمامه، وتفريق المعقود عليه قبل تمام القبض؛ مثل تفريق العقد قبل تمامه؛ لأن القبض يشبه بالعقد؛ لأنه يثبت ملك التصرف كما يثبت العقد ملك الرقبة، ولأن القبض اعتبر مؤكداً لما أثبته العقد، فكان من تمامه.

وأما الأولى: وهو الذي وجد العيب في المقبوض.. فاختلفوا فيه، وروي عن أبي يوسف: أنه يرد المقبوض المعيب فقط؛ لأن الصفقة تامة في حقه، فبالنظر إليه.. لا يلزم تفريق الصفقة، والصحيح: أن يأخذهما أو يردهما، وليس له رد المعيب وحده ويأخذ الآخر؛ لأن تمام الصفقة بقبض المبيع كله، وهو اسم للكل.. فلا تتم بقبض بعضه؛ فصار كحبس المبيع لأجل الثمن؛ فإن سقوطه لما تعلق بقبض الثمن.. فلا يسقط بقبض بعض الثمن، حتى لو بقي درهم من الثمن.. كان له أن يحبس جميع المبيع، فكذا الصفقة؛ فإنها لما تعلق تمامها بقبض كل المبيع.. فلا تتم بقبض بعضه.

(**ولا يرد المعيب وحده، إلا إن ظهر العيب بعد قبضهما**)؛ لأنه حينئذ يرد المعيب وحده، ولا يرد كله.

خلافاً لزفر؛ اعتباراً لما سبق؛ لأن فيه تفريق الصفقة، ولا يعرى عن ضرر؛ إذ العادة جرت: بضم الجيد إلى الرديء، فأشبه ما قبل القبض، وخيار الشرط والرؤية بجامع دفع الضرر.

ولنا: أنه إذا قبضهما جميعاً تمت الصفقة؛ لأن العيب لا يمنع تمامها، وتفريقها بعد تمامها جائز، بخلاف خيار الرؤية والشرط؛ فإن الصفقة لا تتم فيها بالقبض؛ على ما مر، وتضرر البائع إنما هو في تدليسه، فلا يلزم في حق المشتري، ولهذا

وَلَو وجدَ بعضَ الكيليِّ أَو الوزنيِّ معيباً بعدَ القَبْض.. رَدَّ كُلَّه أَو أَخذَهُ.

قالوا: لو استحق أحد العبدين بعد قبضهما.. ليس للمشتري أن يرد الآخر، ولو استحق قبله.. له أن يرد الآخر؛ لأن الصفقة قد تمت في الأولى دون الثانية، والتفريق في الأول جائز دون الثاني.

وقالوا: هذا الخلاف؛ فيما إذا كان كل واحد منهما مما يمكن الانتفاع به على الانفراد؛ كما في العبدين.

وأما: إذا كان مما لا يمكن الانتفاع بأحدهما دون الآخر؛ كزوجي الخف ومصراعي الباب.. فإنه يردهما أو يمسكهما معاً بالاتفاق، وإن كان بعد القبض، حتى لو كان المبيع ثورين قد أَلِفَ أحدهما بالآخر؛ بحيث لا يعمل بدونه.. لا يملك ردّ المعيب وحده، بخلاف ما لم يألف أحدهما بالآخر.. فإن له ردّ المعيب وحده في ظاهر الرواية على ما في «المحيط»؛ حيث قال: لو اشترى زوجي [٦٢/ب] ثور، ثم وجد بأحدهما عيباً بعد القبض؛ فإن أراد أن يرد المعيب خاصّة.. فظاهر الجواب: أنّ له ذلك، وبخلاف ما لو كان المبيع خاتم فضة أو ذهب فيه فصّ لا يضر قلعه بأحدهما، فوجد بأحدهما عيباً بعد القبض.. فله أن يقلع الفصّ ويرد المعيب منهما، ولو وجده قبل القبض.. يردهما، وكذا السيف المحلى، والمنطقة المحلّاة.

وأما: لو اشترى نخلاً فيه تمر فجز التمر ووجد بأحدهما عيباً.. لا يرد أحدهما، بل يردهما معاً؛ لأنهما بمنزلة شيء واحد؛ لأن التمر بعض النخل؛ لكونه متولداً منه، كذا في «المحيط».

(**ولو وجد بعض الكيلي أو الوزني معيباً بعد القبض.. رد كله أو أخذه**)؛ لأنه لما كان من جنس واحد.. كان كشيء واحد اسماً وحكماً، وفي الشيء الواحد؛ إذا وجد بعضه معيباً.. ليس له إلا رد الكل أو إمساكه، لا ردّ المعيب فقط؛ لأن ردّ الجزء المعيب فيه يستلزم شركة البائع والمشتري، وهي في الأعيان المجتمعة عيب، فردّ المعيب وحده.. ردّ بعيب زائد، وليس له ذلك، فيرد كلّه أو يمسك كله، ولو بعد القبض.

وَقيل: هَذَا إِنْ لم يكن فِي وعاءينِ، وإِلّا.. فَهُوَ كالعبدين.

وَلَو اسْتحقَ بعضُه بعدَ القَبْض.. لَيْسَ لَهُ ردُّ مَا بَقِي، ....

وفي: وعاءين؛ على اختيار المشايخ؛ على ما في «العناية».

(وقيل: هذا إن لم يكن) كل من المكيل والموزون **(في وعاءين، وإلا.. فهو كالعبدين)**، حتى يجوز ردّ الوعاء المعيب خاصة؛ لأنه يرد على الوجه الذي خرج من ضمان البائع، واختار المصنف الأول؛ لما بيناه.

وفي «قاضي خان»: اشترى طعاماً فباعه، ثم علم بعيب كان عند البائع.. لا يرجع بنقصان العيب.

وإن باع بعضه، ثم وجد به عيباً؛ عند أبي حنيفة وأبي يوسف وبعض الروايات عن محمد: لا يرد ما بقي، ولا يرجع بنقصان العيب، لا فيما باع ولا فيما بقي.

وعن محمد في رواية: لا يرجع بنقصان ما باع، ويرد الباقي بحصته من الثمن، وبه أخذ أبو جعفر وأبو الليث، وعليه الفتوى. انتهى.

(ولو استحق بعضه)؛ أي بعض المكيل أو الموزون **(بعد القبض.. ليس له ردّ ما بقي)** في رواية عن أبي حنيفة؛ لأن العقد لزم فيه؛ لأنه لا يضره التبعيض؛ لأن استحقاق البعض لا يوجب عيباً، لا في المستحق ولا في الآخر؛ لاستوائهما في المالية، والانتفاع بالباقي ممكن، وما لا يوجب عيباً في المالية والانتفاع.. لا يوجب ضرراً.

بخلاف ما لو وجد ببعضه عيباً وميّزه ليرده إلى مالكه؛ لأن تمييز المعيب من غيره يوجب زيادة عيب، فيرده جميعاً أو يمسكه.

فإن قيل: انتفاء الخيار في ردّ ما بقي.. يستلزم تفريق الصفقة قبل التمام؛ لأن تمامها بالرضاء، ولا رضاء للمستحق.

بِخِلَافِ الثَّوْب.

قلنا: تمام الصفقة ليس برضاء المالك، بل برضاء العاقدين؛ لأن العقد حقهما، وقد وجد رضاهما، ولذا قالوا في الصرف والسلم: إذا أجاز المستحق [٦٣/أ] بعدما افترقا.. بقي العقد صحيحاً.

فعلم: أن تمام العقد إنما هو برضى العاقدين لا الملك.

وإنما قال: بعد القبض؛ لأنه لو استحق قبل القبض كلاً أو بعضاً؛ سواء كان المستحق هو المقبوض أو غيره.. فله أن يرد الباقي؛ لأنه حينئذ تتفرق الصفقة قبل التمام.

(**بخلاف الثوب**) الذي اشتراه وقبضه ثم استحق بعضه؛ حيث له ردّ ما بقي؛ لأن التبعيض فيه عيب؛ لأنه يضر في ماليته والانتفاع به.

والحاصل: أن حكم العيب والاستحقاق سيان، قبل القبض في جميع الصور من المكيل والموزون وغيرهما، وكذا بعد القبض، إلا في المكيل والموزون، كما في «الهداية».

وفي مسائل الإقالة من بيوع «قاضي خان»: رجل اشترى أرضاً بشربها، فاستحق الشرب قبل القبض؛ قال محمد: يخير المشتري؛ إن شاء.. أخذ الأرض بجميع الثمن، وإن شاء.. ترك، وكذلك المسيل.

وإن استحق الشرب بعدما قبض المشتري الأرض وأحدث فيها بناء أو غرساً أو زرعاً.. فإن المشتري يرجع بنقصان الشرب والمسيل.

وجعل محمد لهذا أصلاً، فقال: كل شيء إذا بعته وحده.. لا يجوز بيعه، وإذا بعته مع غيره.. جاز.

فإذا ستحق ذلك الشيء قبل القبض.. كان المشتري بالخيار؛ إن شاء.. أخذ الباقي بجميع الثمن، وإن شاء.. ترك.

ومداواةُ المَعِيب بعدَ رُؤْيَة العَيْب وركوبُه: رضًى.

وكل شيء إذا بعته وحده يجوز بيعه؛ فإذا بعته مع غيره فاستحق.. كان له حصة من الثمن. انتهى.

(ومداواة المعيب بعد رؤية العيب وركوبه.. رضى)؛ شروع في بيان ما يمنع الرد بالعيب من تصرف المشتري.

أما المداواة: فلأنها إزالة العيب، فيكون دليل الاستبقاء، فلا يتمكن الرد بهذا العيب الذي داواه، إلا أن يكون له عيب آخر.. فله الرد بذلك العيب الآخر؛ لأن الرضاء بعيب ليس برضاء آخر.

وكذلك الركوب، ولبس الثوب لحاجته.

والبيع والإجارة والعرض عليهما والمطالبة في الغلة والرهن والإعتاق وتوابعه وحلبة الشاة وشرب لبنها وإرضاع الأمة ولد المشتري والاستخدام، ففي «الخلاصة» نقلاً عن الإمام السرخسي: الاستخدام بعد العلم بالعيب مرة.. ليس برضاء استحساناً.

والصحيح: أن المرة الثانية دليل الرضاء وحده.

وأما إتلاف كسب المبيع.. ففي «الخلاصة»:لو أتلف كسب العبد بعدما علم بالعيب.. لا يكون رضاء بالعيب، ولا يسقط شيئاً من الثمن.

وكذا لو كان الكسب جارية فوطئها أو أعتقها، بخلاف ولد المبيعة؛ فإنه لو أعتقه.. يكون رضاء إذا كان بعد العلم بالعيب.

وكذا وطئ الجارية المبيعة بكراً أو ثيباً بعد العلم بالعيب.

والقبلة واللمس بشهوة بعد العلم.. كلها يمنع الرد؛ لأنها دليل الرضاء [٦٣/ب].

والأصل ههنا: أن المشتري إذا تصرف في المشترى بعد العلم بالعيب تصرف الملاك.. بطل حقه في الرد بالعيب، بخلاف خيار الشرط؛ حيث لا يكون نحو الركوب فيه دليل الرضاء؛ لأن الشرط للامتحان، وذلك لا يكون إلا للركوب.

وَلَو رَكبه لردِّه، أَو سقيهِ، أَو شِرَاء علفه، وَلَا بُدَّ لَهُ مِنْهُ.. فَلَا.

ولو مكث بعد الوقوف على العيب ولم يرد في الحال مع القدرة على الرد.. كان ذلك رضاء؛ كذا في «الحاوي القدسي».

(**ولو ركبه لردّه**) على صاحبه (**أو سقيه أو شراء علفه ولا بد له منه**)؛ أي لا بد للمشتري من الركوب للسقي أو للعلف؛ بأن لا يقدر هو بنفسه المشي؛ لضعفه أو لكبره أو لكون الدابة جموحاً لا تنقاد، ولا تنساق حتى يركب عليها، أو لكون العلف في عدل واحد، حتى لو كان في عدلين وركبها.. يكون رضى على ما في «قاضي خان».

وأما الركوب للرد على صاحبه (.. **فلا**) فرق فيه بين أن يكون له منه بد أو لا؛ لأن في الركوب ضبط الدابة، وهو أحفظ لها من حدوث عيب آخر ـ على ما في «العناية» ـ فلا يكون رضاء؛ لعدم دليله وهو الاستبقاء.

وفي «الفصولين»: ادعى عيباً في حمار، فركبه ليرده، فعجز عن البينة، فركبه جائياً.. فله الرد.

وفي «الفتاوى»: لو ركب لينظر إلى سيرها.. فهو دليل الرضاء، كما إن لبس الثوب لينظر إلى قدرها دليل الرضاء بعد العلم بالعيب.

بخلاف ما لو اشترى ثوباً فعرضه على الخياط لينظر أيكفيه أم لا.. فإنه لم يبطل حقه في رده بعيب.

وكذا لو عرضه على المقومين ليقوم، كذا في «البحر» نقلاً عن «الفصولين».

ولو اشترى من زيد ثوباً فأراد أن يبيعه من عمرو، فقال لعمرو: اشتره فلا عيب به، ثم لم يبعه منه، ثم وجد به عيباً.. يرده على زيد، وإقراره السابق لعمرو بعدم العيب لا يكون دليلاً للرضاء؛ لأنه مجاز عن الترويج؛ لظهور أنه لا يخلو عن عيب ما.

وَلَو قُطِعَ المَبِيعُ بعدَ قَبضه أَو قُتِلَ بِسَبَبٍ عِنْد البَائِع.. رَدَّه وَأخذَ ثمنَهُ.

وَقَالا: رَجَعَ بِفضل مَا بَين كَونه سَارِقاً وَغيَر سَارِق، أَو قَاتلاً وَغيَر قَاتل

حتى لو عين العيب وقال: لا عور به، ولا شلل، ثم وجد به العور والشلل.. لا يرده على زيد؛ لأن إقراره بعدم العيب المعين دليل الرضاء؛ لإمكان إحاطة العلم به.

إلا أن يكون ما أقر بعدمه عيب لا يحدث مثله؛ بأن قال: ليس به إصبع زائدة، ثم وجد به إصبعاً زائدة.. فله الرد؛ لتعين كذبه.

(**ولو قطع**) يد (**المبيع**) عند المشتري (**بعد قبضه، أو قتل**) بعد قبضه (**بسبب**)؛ كالسرقة والقتل العمد والردة وقطع الطريق كان كل منها (**عند البائع.. ردّه**) أي المقطوع يده؛ لبقاء عينه، ورد المقتول غير ممكن.

(**وأخذ ثمنه**)؛ أي: ثمن كل من المقطوع المردود والمقتول، هكذا في «الهداية» وشرح «الجامع الصغير».

وفي بعض روايات «المبسوط»: له أن يمسك [٦٤/أ] المقطوع يده ويرجع بنصف ثمنه؛ لأن اليد نصف الآدمي.

قوله: «عند البائع» قيد اتفاقي؛ إذ لا فرق بين أن يكون السبب من السرقة والقتل عند البائع، وبين أن يكون عند آخر قبل هذا البائع ولم يعلم المشتري بذلك، على ما صرح به في «فتح القدير» محيلاً على ما ذكره في مسألة إيمان العبد عند المشتري؛ حيث قال في تلك المسألة: إنه لو لم يأبق عند البائع، وأبق عند المشتري، وكان أبق عند آخر قبل هذا البائع ولا علم للبائع بذلك، فادعى المشتري ذلك وأثبته.. يرد به؛ لأنه معيب، والعقد أوجب على هذا البائع التسليم سالماً عن العيب، ولو لم يقدر على إثباته.. له أن يحلفه على العلم، وكذا في كلّ عيب يرد بتكرره. انتهى.

هذا عند أبي حنيفة.

(**وقالا: رجع بفضل ما بين كونه سارقاً وغير سارق، أو قاتلاً وغير قاتل**)؛ أي

إِن لَمْ يعلمْ بِالْعَيْبِ عِنْدَ الشِّرَاءِ، وإِلّا.. فَلَا.

يقوّم سارقاً وغير سارق، وعارضاً على القتل المستحق وسالماً عنه.. فيرجع بفضل ما بينهما.

(**أن لم يعلم**) المشتري (**بالعيب عند الشراء**)، ولا عند القبض أيضاً.

(**وإلّا**)؛ أي: وإن علم بالعيب عند الشراء أو القبض (.. **فلا**) ردّ له بالاتفاق، بدليل الرضاء.

لهما: أن الموجود في يد البائع سبب القطع والقتل؛ وهو السرقة والقتل العمد، وذلك لا ينافي مالية العبد، حتى لو مات في يد المشتري حتف أنفه قبل القطع والقتل.. تقرر الثمن عليه، وينفذ تصرفه فيه، حتى صح عتقه وبيعه، فينفذ العقد لاعتماده على المالية، وقد وجد ذلك، لكنه: متعيب بعيب إباحة الدم واليد، فيرجع بنقصان العيب لتعذر الرد.

أما في القتل: فظاهر.

وأما في القطع: فلأن الاستيفاء وقع في يد المشتري، وهو غير الوجوب، فكان كعيب حدث في يده.

فإن قيل: كيف ينفذ العقد وما ذكر من تصرفات المشتري؛ من العتق والبيع مع فوات محل هذه التصرفات؛ أعني المالية باستحقاق ولي القطع والقصاص بذلك المحل؟

قلنا: لا نسلم ذلك؛ إذ ليس لولي القطع والقصاص حق في ماليته، وإنما يتعلق حقه بآدميته لا بماليته.

ولأبي حنيفة: أن سبب الوجوب في يد البائع، فصار كأنه قطع أو قتل عند البائع، فصار كالمستحق، والمستحق لا يتناوله العقد، فينتقض القبض من الأصل؛ لعدم مصادقته محله، فصار كما إذا غصب عبداً، فقتل العبد عند الغاصب رجلاً

عمداً، ثم رد إلى مالكه فاقتص منه عنده.. فإن المالك يأخذ قيمته من الغاصب؛ كما إذا قتل عند الغاصب.

فإن قيل: إنه إذا اشترى جارية حاملاً ولم يعلم بالحمل وقت الشراء والقبض، فماتت في يد المشتري بالولادة.. فإنه يرجع بفضل ما بين قيمتها حاملاً وغير حامل بالاتفاق؛ كما قال الإمامان فيما نحن فيه [٦٤/ب].

قلنا: لا نسلم أنه كذلك بالاتفاق، بل عند أبي حنيفة يرجع بكل الثمن؛ على ما ذكره «قاضي خان» وأبو زيد.

ولو سلم أنه كذلك بالاتفاق.. لكن سبب الموت ثمة هو المرض المتلف، وهو حصل عند المشتري أعني الولادة، والموجود في يد البائع هو العلوق والحمل، وهو إنما يوجب انفصال الولد لا الهلاك، ولا يفضي إليه غالباً، بل الغالب السلامة، فليس هناك وجوب يفضي إلى الوجود؛ كما فيما نحن فيه، بخلاف سبب القطع والقتل فيما نحن فيه؛ فإنه وإن لم يناف المالية، لكن استحقاق النفس بسبب القتل المتلف للمالية متلف لها؛ لأنه يستلزم القتل البتة، فكان بمعنى علّة العلة، فيقام مقام العلّة في الحكم، فصارت المالية كأنها هي المستحقة، وإنما تقرر الثمن على المشتري، إذا مات في يده حتف أنفه؛ لأنه لم يتم الاستحقاق قبل الاستيفاء.

هذا، ولو سرق في يد البائع، ثم في يد المشتري.. فعندهما: يرجع المشتري بالنقصان أيضاً.

وعند أبي حنيفة: لا يرده إلا برضاء البائع بالعيب الحادث.

فإن رضيه وقبله كذلك.. يرجع المشتري عليه بثلاثة أرباع الثمن؛ لأن اليد نصف الآدمي، وقد تلف بالجنايتين، وفي أحدهما الرجوع عليه، فينقسم أحد النصفين عليهما، والنصف الآخر يرجع فيه عليه؛ لرده العبد عليه.

وَلَو تداولتْهُ الأَيْدِي ثـمَّ قُطعَ فِي يَد الأَخير.. رَجَعَ الباعةُ بَعضُـهم على بعضٍ، كَمَا فِي الِاسْتِحْقَاق.

وَعِنْدَهُمَا: يرجعُ الأَخير على بَائِعِه، لَا بَائِعُه، على بَائِعه.

وإن لـم يـرض بـه ولـم يقبلـه كـذلك.. يرجـع إليـه بربـع الـثمن؛ لأنهـا: قطعـت بالتبيين، فيرجع بما يقابل نصف اليد.

(**ولو تداولته الأيدي**) بعد السرقة أو القتل العمد في يد البائع، (**ثم قطع أو قتل في يد الأخير.. رجع الباعة**) ـ جمع بائع ـ (**بعضهم على بعض**) عند أبي حنيفة؛ (**كما في الاستحقاق**)؛ لكونه بمنزلته عنده.

(**وعندهما: يرجع الأخير على بائعه**)؛ لأنه لم يصر حابساً بالمبيع.

(**لا بائعه على بائعه**)؛ لأنه صار حابساً للمبيع بالبيع مع إمكان الرد بالعيب.

وأصل هذا: أن القطع والقتل بسبب عند البائع: بمنزلة الاستحقاق عنده، وفيه يرجع الباعة بعضهم بعضاً.

وعيب عندهما، فيرجع من لم يفوت الرد بالبيع؛ ـ وهو الأخير ـ على بائعه، ولا يرجع من يفوت الرد بالبيع وهو بائعه الأخير؛ كما في سائر العيوب.

فعلى هذا: لو اشترى عبداً وهو عالم بوجوب القطع أو القتل.. فإنه لا يبطل حقه في الرجوع عنده؛ لأن العلم بالاستحقاق لا يمنع الرجوع على الصحيح.

وعندهما: يبطل حقه؛ لأن العلم بالعيب رضاء به.

فمنه ظهر: أن قوله فيما سبق: «إن لم يعلم بالعيب» متعلق بقول الإمامين فقط.

والحاصل: أن ههنا خلافاً بين أبي حنيفة وصاحبيه في ست مواضع:

أحدها: أنّ له الرد عنده لا عندهما على ما ذكر في الكتاب.

والثاني: في كيفية الرجوع [٦٥/أ]؛ فعنده: يرجع بالكلّ إن ردّه، وبالنصف إن أمسكه؛ على ما ذكرناه من رواية «المبسوط»، وعندهما: يرجع بالنقصان.

والثالث: إذا مات بعد القطع حتف أنفه؛ فعنده: يرجع بالنصف، ولا رجوع عندهما.

والرابع: لو أعتقه.. لا رجوع عنده، خلافاً لهما.

والخامس: في رجوع الباعة.

والسادس: العلم به.. لا يمنع الخيار عنده، خلافاً لهما؛ على ما ترى.

ثم نوقض قول أبي حنيفة بمسائل:

الأولى: إذا اشترى جارية محمومة، فلم يرها حتى ماتت عنده بالحمى.. لا يضاف إلى السبب السابق، حتى: لا يرجع بكل الثمن، بل بالنقصان، مع أن موتها بسبب الحمى التي كانت عند البائع.

والثانية: إذا قطع البائع أو غيره يد العبد، ثم باعه ولم يعلم به المشتري فمات العبد منه عند المشتري.. يرجع بالنقصان لا بالثمن بالاتفاق.

والثالثة: ما إذا زوج أمته البكر، ثم باعها وقبضها المشتري ولم يعلم بالنكاح، ثم وطئها الزوج.. لا يرجع بنقصان البكارة، وإن كان زوال البكارة بسبب كان عند البائع.

والرابعة: لو زنى العبد عند البائع فجلد في يد المشتري فمات منه.. لا يرجع على البائع بالثمن، وإن كان موته بسبب كان عند البائع، بل رجع بالنقصان بالاتفاق.

والخامسة: لو سرق في يد البائع فقطعت يده عند المشتري فسرى القطع فمات.. يرجع بنصف الثمن لا بكله بالاتفاق وإن كان موته بسبب كان عند البائع.

أجيب عن الأول: بأن الجارية لا تموت بمجرد الحمى، بل بزيادة الألم، وذلك بسبب آخر عند المشتري، لا في يد البائع، فليس مما نحن فيه.

وعن الثاني: بأن البيع لما ورد على قطع البائع أو الأجنبي.. قطع سراية القطع؛ لأن السراية حق البائع فتنقطع ببيع من له السراية، وفيما نحن فيه: السراية لغير من

وَلَو بَاعَ بِشَرْطِ البَرَاءَةِ من كلِّ عيبٍ.. صَحَّ، وإنْ لم يعدَّ العُيُوبَ، ......

كان البيع منه، فيمتنع انقطاع السراية بالبيع.

وعن الثالث: بأن البكارة لا تستحق بالبيع، حتى لو وجدها ثيباً.. لا يتمكن من الرد إذا لم يكن شرط البكارة؛ فعدمها من باب عدم وصف مرغوب فيه، لا من باب وجود العيب.

وعن الرابع: بأن المستحق هو الضرب المؤلم، واستيفاء ذلك لا ينافي المالية في المحل، وموته بذلك الضرب: إنما هو لعارض عرض في يد المشتري، وهو خرق الجلاد أو ضعف المجلود.. فلم تكن تلك الزيادة مستوفاة حداً مستحقاً.

وعن الخامس: بما ذكر في «المبسوط»: من أن النفس ما كانت مستحقة في يد البائع، لينتقض قبض المشتري في النصف، كذا في «فتح القدير».

(**ولو باع بشرط البراءة**) أي إبراء المشتري البائع (**من كل عيب**) بأن يقول البائع: [٦٥/ب] «بعت منك هذا على إن أبرأتني من كل عيب» فقبله المشتري بذلك الشرط، أو قال: «بعت منك بكل عيب» ويقول المشتري: «قبلت بكل عيب».. فإنه إبراء من كل عيب أيضاً.

(.. **صح، وإن**) وصلية (**لم يعد العيوب**) بأساميها.

وإن لم يعلماها بأعيانها.. قال الشافعي: لا يصح، وعنه: أن البيع صحيح والشرط فاسد.

له: أن البراءة عن الحقوق المجهولة لا تصح؛ لأن في الإبراء معنى التمليك، حتى يرتد بالرد، وتمليك المجهول لا يصح.

ولنا: أن الإبراء إسقاط لا تمليك، والجهالة في الإسقاط لا تفضي إلى المنازعة، وإن تضمن التمليك؛ لعدم الحاجة إلى التسليم.. فلا يكون مفسدة.

وَيدخُل فِي البَرَاءَةِ: الحَادِثُ قبلَ القَبْض عِنْد أَبِي يُوسُفَ، خلافاً لمُحَمدٍ.

(ويدخل في هذه البراءة) العيب (الحادث قبل القبض) بعد العقد (عند أبي يوسف)، وهو رواية عن أبي حنيفة، (خلافاً لمحمد)، وهو رواية عن أبي يوسف، وهو قول زفر والشافعي ومالك.

ولأبي يوسف: أن الغرض من إبراء المشتري إلزام العقد بإسقاط حقه عن صفة السلامة؛ ليقدر على التسليم الواجب بالعقد على كل حال، ولا يطالب من طرف المشتري بحال، وذلك بالبراءة عن الموجود حالاً، وعن الحادث بعد العقد قبل القبض.

ولمحمد: أن البراءة تتناول الثابت حال البراءة فقط؛ لأن ما يحدث مجهول لا يعلم أيحدث أم لا، وأي مقدار يحدث.. فلا يتناوله.

والجواب عنه: أن هذه الجهالة لا تضر في الإسقاط، على ما تقدم.

فإن قيل: يؤيد قول محمد ما قالوا: إنه لو قال: «بعت بشرط البراءة عن كل عيب يحدث».. فالبيع فاسد بالإجماع، والحكم الذي يفسد تنصيصه كيف يدخل في مطلق البراءة؟

قلنا: الإجماع ممنوع؛ لما في «الذخيرة»: أن هذا أيضاً يصح عند أبي يوسف، خلافاً لمحمد، سلمناه لكن الفرق، بأن ظاهر لفظه ههنا يتناول العيوب الموجودة، ثم يدخل فيها ما يحدث قبل القبض تبعاً، وقد يدخل في التعريف تبعاً ما لا يجوز أن يكون مقصوداً، وإنما قلنا في هذه البراءة.. احترازاً عما لو قال: «بعت هذا العين بشرط البراءة من كل عيب»؛ فإنه لا يبرأ عن الحادث بالإجماع؛ لأن قوله به يختص بالموجود.

وكذا لو خصّ البراءة ضرباً من العيوب.. لا يبرأ عن الحادث بالإجماع، ويصح تخصيصه؛ على ما صرح به في «فتح القدير».

وفيه أيضاً: أنه لو شرط البراءة من عيب واحد؛ كشجة واحدة فحدث عند المشتري عيب أو موت، فاطلع على شجة أخرى، فأراد أن يرجع بالنقصان لامتناع الرد بالعيب الحادث.. اعتبر أبو يوسف؛ نفع حصول البراءة للبائع، فجعل الخيار له في تعيين العيب الذي يرد به إليه، وجعله محمد للمشتري، فيرد بأيهما شاء.

ولا يخفى عليك أن هذا إذا لم يعين [٦٦/أ] الشجة المتبرأ منها عند البيع، بل أبرأه من شجة به.

هذا: ولو شرط البراءة من كلّ غائلة.. فهي على السرقة والإباق والفجور؛ أي الزنا.

ولا يدخل فيه الكي، ولا أثر قرح، والرمد والتؤلول والأمراض؛ لأن المراد بالغائلة في البيع: هي الأشياء الثلاثة في عرفهم؛ فلو شرط البراءة من الغائلة، ثم وجد واحداً من هذه الثلاثة.. لا يرده.

ولو وجد واحداً من الكي ونحوه.. يرده.

ولو شرط البراءة من كل داء.. فهو على المرض، ولا يدخل فيه الكي، ولا الإصبع الزائدة، ولا أثر قرح قد برئ.

وعن أبي حنيفة: الداء: هو المرض الذي في الجوف؛ من طحال أو كبد أو نحو ذلك.

وأما: لو شرط البراءة من كل عيب.. فيدخل فيه الأدواء كلها؛ لأن العيب يدخل فيه الداء، بخلاف العكس.

ولو باع جارية وقال للمشتري: برئت إليك من كل عيب بعينها؛ فإذا هي عوراء.. لا يبرأ.

وكذا لا يبرأ لو قال: برئت إليك من كل عيب بيدها ـ وهي مقطوعة اليد ـ لأن البراءة من عيب اليد تكون حال قيام اليد والعين لا حال عدمهما.

ولو كانت مقطوعة إصبع واحدة.. برئ.

ولو كانت مقطوعة إصبعين.. فهما عيبان، فلا يبرأ؛ إذا شرط البراءة عن عيب واحد باليد.

ولو كانت الأصابع كلها مقطوعة مع نصف الكف.. فهو عيب واحد.

ولو قال المشتري: أنت بريء من من كل حق لي قبلك.. دخل فيه العيب على المختار، دون الدرك، على ما في «فتح القدير».

ولو اختلفا في عيب أنه حادث بعد العقد أو كان عند العقد.. لا أثر لهذا الاختلاف عند أبي يوسف؛ لما مرّ آنفاً: أن الحادث بعد العقد قبل القبض داخل في البراءة من كل عيب.

وقال محمد: القول للبائع مع يمينه: على العلم أنه حادث؛ بناء على ما مرّ من أصله أيضاً.

قيل: هذا إذا أطلق، وأما إذا أبرأه مقيداً بعيب كان عند البائع واختلفا على نحو ما ذكرنا.. فالقول للمشتري، كذا في «البحر» نقلاً عن «البدائع».

وفي «قاضي خان»: اشترى ثوباً فأراه البائع فيه خرقاً، فقال المشتري: قد أبرأتك عن هذا الخرق، ثم جاء المشتري يريد أن يقبض الثوب من البائع فرأى الخرق، فقال المشتري: ليس مثل ما أبرأتك منه؛ فإن ذلك كان شبراً، وهذا ذراع.. كان القول في ذلك قول المشتري، وكذا في زيادة بياض العين.

* * *

(بَابُ البيعِ الفَاسِدِ)

(بَابُ البَيْعِ الفَاسِدِ)

لقب الباب بالفاسد، وإن كان شاملاً بالباطل والمكروه تحريماً أيضاً؛ لكثرة وقوع الفاسد بكثرة أسبابه.

واعلم أنَّ البَيْعَ نوعان:

نافِذٌ، وَغَيْرُ نَافِذ.

فالنَّافِذُ ثلاثة أنواع:

بيعُ الدَّيْن بِالعَيْن وهو: **السَّلَم**.

وبَيْعُ العَيْنِ بِالعَيْنِ وهو: **المقايضة**.

وبَيْعُ العَيْنِ بالدَّيْنِ وهو: **بَيْعٌ مُطْلَق**.

وغير النّافِذ [٦٦/ب] **ثلاثة أنواع أيضاً:**

بَاطِلٌ، وَمَوْقُوفٌ، وَفَاسِد.

فالبَاطِلُ: ما لا يجوز بحال، لا أصلاً ولا وصفاً، ولا يفيد الملك أصلاً، لا تصرفاً ولا رقبة، ولو هلك في يد المشتري.. يكون أمانة عند بعض المشايخ، ومضموناً عند بعض آخر على ما سيصرح به، وله صور:

منها: بيع الدم والخمر والخنزير للمسلم.

ومنها: بيع المدبر والآبق، والسمن في اللبن، والدهن في السمسم، والدقيق في الحنطة والكرباس قبل النسج.

ومنها: بيع الولد في البطن، وبيع المنقول قبل القبض.

وأمّا المَوْقُوف.. فهو ما تعلق به حق الغير، وهو إما ملك الغير، أو حق بالمبيع لغير المالك، وحصره صاحب «الخلاصة» في خمسة عشر صورة:

أبيع مال الغير.. يتوقف على إجازة المالك.

وبيع العبد المحجور.. يتوقف على إجازة المولى.

وبيع الصبي المحجور الذي يعقل البيع والشراء.. يتوقف على إجازة أبيه أو وصيه أو جده أو القاضي؛ كذا في «قاضي خان».

والذي ظهر منه: أن بيع الصبي الغير المحجور الذي يعقل البيع والشراء.. لا يتوقف، بل ينفذ، وهو مخالف لما في «العمادي» و«الفصولين»؛ حيث قالا: الصبي لو باع شيئاً ثم بلغ.. لا يجوز إلا بعد إجازته بعد البلوغ، ولا ينفذ بالبلوغ. انتهى.

فإن الظاهر من هذا: بيع الصبي مطلقاً موقوف.

ويمكن التوفيق بينهما: أن ما ذكره قاضي خان: في التوقف على إذن وليه أو وصيه أو القاضي، وما في «العمادي» و«الفصولين»: في التوقف على إجازة الصبي نفسه.. فلا منافاة.

لا بيع الصبي الغير المحجور الذي يعقل البيع والشراء وإن لم يتوقف على إجازة وليه ووصيه والقاضي، لكنه يتوقف على إجازة الصبي نفسه بعد البلوغ.

وبيع غير الرشيد.. يتوقف على إجازة القاضي.

وبيع المرهون والمستأجر والذي في مزارعة الغير.. يتوقف على إجازة المرتهن في الصحيح، والمستأجر والمزارع، إلا أن المرتهن يملك نقض البيع وإجازته، بخلاف المستأجر؛ فإنه يملك إجازته دون نقضه كالمزارع، حتى أنه لو لم يجز البيع وانفسخت الإجازة بينهما بوجه.. نفذ البيع السابق. ثم إذا أجاز المستأجر البيع؛ فهل ينفسخ؟ وعلى تقدير انفساخه إذا رد المبيع بعيب؛ فهل نفذ عقد الإجارة؟

قلت: الذي ظهر من «شرح المجمع»: أنه.. ينفسخ، وأما عود الإجارة.. ففيه خلاف؛ قيل: تعود، وقيل: لا تعود؛ حيث قال فيه: إذا أجاز المستأجر والمرتهن وردّ

المشتري المبيع بعيب.. قيل: لا يعود عقد الرهن للإجارة، وقيل: يعود كما إذا تخمر الرهن.. بطل حكمه، ثم إذا تخلل.. عاد رهناً. انتهى.

ولو قال المستأجر: مبارك؛ عند استماع البيع والشراء.. فهو إجازة.

وكذا لو قال: نعم؛ عند قول المخبر هل أذنت البيع.. فهو إجازة أيضاً؛ على ما صرح به في [٦٧/أ] «القنية».

وكذا بيع الراهن الرّهن موقوف على إجازة المرتهن.

وبيع البائع المبيع من غير المشتري بعد قبض المشتري.. يتوقف على إجازة المشتري، وقبل قبضه.. لا ينعقد أصلاً في المنقول.

وفي العقار: على الخلاف المعروف.

وبيع المرتد عند أبي حنيفة.. موقوف على إسلامه.

وبيع الشيء برقمه.. موقوف؛ إن علم المشتري في مجلس البيع.. نفذ، وإن تفرقا قبل العلم به.. بطل.

وبيع الشيء بما باع فلان.. موقوف؛ إن علم المشتري في المجلس ذلك.. نفذ وإلا.. بطل.

وبيع فيه خيار المجلس.. موقوف على المجلس.

وبيع المغصوب.. موقوف على إجازة المالك؛ إن أقر الغاصب الغصب.. تم البيع بإجازته؛ وإن جحد الغاصب وللمغصوب منه بينة.. فكذلك؛ وإن لم تكن له بينة على ذلك ولم يسلمه إلى المشتري حتى هلك في يده.. ينتقض البيع، هذا ما ذكره في «الخلاصة».

ونحن نذكر ما يزاد عليه:

منه: البيع المشروط فيه الخيار أكثر من ثلاثة أيام.. فإن الصحيح: أنه موقوف عند أبي حنيفة، وهو قول الخراسانيين؛ فإن أسقطه قبل دخول اليوم الرابع، وإلا.. فسد.

ومنه: الوكيل بشراء عبد إذا اشترى نصفه.. فإنه موقوف؛ فإن اشترى الباقي قبل الخصومة.. نفذ على الموكل، وإلا .. فلا.

ومنه: الوكيل ببيع العبد إذا باع نصفه.. فإنه موقوف على بيع الباقي قبل الخصومة على قولهما، وعند أبي حنيفة: نافذ.

ومنه: بيع نصيبه من مشترك بالخلط، أو الاختلاط، من غير شريكه.. موقوف على إجازة شريكه.

ومنه: بيع ما في تسليمه ضرر.. فإنه موقوف على تسليمه في المجلس.

ومنه: بيع المريض عيناً من أعيان ماله لبعض ورثته.. فإنه موقوف على إجازة الورثة إن مات من ذلك المرض.

ومنه: بيع السيد عبده المأذون المديون.. فإنه موقوف على إجازة الغرماء.

ومنه: أن الوكيل إذا وكّل آخر بلا إذن الموكل أو تفويضه فعقد الثاني بقية الأول.. فإنه موقوف على إجازة الأول.

ومنه: أحد الوكيلين إذا باع بحضرة صاحبه.. فإنه موقوف على إجازة صاحبه، بخلاف ما إذا باع بقية صاحبه؛ فإنه لا ينفذ أصلاً ولو بإجازته.

ومنه: بيع المولى أكساب عبده المديون بعد الحجر عليه.. موقوف على إجازة الغرماء.

ومنه: أحد الوصيين إذا باع بحضرة الآخر.. موقوف على إجازة الآخر.

ومنه: أحد الناظرين إذا باع غلة الوقف بحضرة الآخر.. موقوف على إجازة الآخر.

ومنه: بيع المعتوه كبيع الصبي العاقل.. موقوف على إجازة الوصي أو القاضي.

وهذه الزيادات كلها مذكورة في «البحر»، والجملة بلغت إلى تسع وعشرين.

ويزيد عليه: أن [٦٧/ب] الموكل يأمر الوكيل بالبيع فاسداً فباع صحيحاً.. فإنه موقوف عند محمد على إجازة الموكل. ذكره في «المجمع».

وبيع المكاتب.. موقوف على إجازته.

وبيع المدبر وأم الولد.. على قضاء القاضي؛ في رواية «الإيضاح» على ما سيأتي.

وبيع نصيبه من الكر.. موقوف على إجازة شريكه.

فبلغ ثلاثاً وثلاثين.

والحاصل: أن كلّ عقد صدر من فضولي وله مجيز وقت وقوعه.. فهو موقوف على إجازته؛ كأكثر الصور المذكورة.

وكلّ عقد صدر من فضولي ولا مجيز له وقت وقوعه.. فهو باطل في الحال؛ كتصرفات الفضولي في حق الصبي والمجنون والمعتوه، ومن هنا قال في «قاضي خان»: لو باع رجل عقاراً أو ضيعة لولده الصغير بمثل قيمته أو بغبن يسير.. قالوا: إن كان الأب محمود الحال عند الناس أو مستوراً.. جاز بيعه، ولا يكون للولد أن يبطل ذلك البيع بعد البلوغ، لكنه يطلب الثمن من والده؛ فإن قال: ضاع أو أنفقته عليك، وذلك نفقة مثله في تلك المدة.. يقبل قوله، وإن كان الأب فاسداً.. لا يجوز بيعه، وللابن أن ينقض بيعه إذا بلغ، إلا أن يكون البيع خيراً للصغير، وذلك لأن الأب إذا كان محموداً أو مستوراً.. فالظاهر مباشرة البيع على وجه الخيرية، بخلاف ما إذا كان فاسداً.

وإن باع الأب غير الضياع والعقار.. فكذلك الجواب، إلا أن الأب إذا كان مفسداً ففي جواز بيعه روايتان؛ في رواية: يجوز ويؤخذ الثمن منه ويوضع على يد

عدل؛ صيانة لمال الصغير، وفي رواية: لا يجوز، إلا أن يكون خيراً للصغير بأن باعه بضعف قيمته، وعليه الفتوى. انتهى.

وهل يجوز بيع القاضي مال الصغير بلا وصي؟

فقال في «العمادي»: القاضي إذا باع مال اليتيم من نفسه.. لا يجوز.

ثم قال فيه، وذُكِر في «الصغرى».

وما ذكر في «السير الكبير»: من عدم جواز بيع القاضي مال اليتيم من نفسه.. محمول على قول محمد.

وأما على قول أبي حنيفة: فينبغي أن يجوز.

وقال فيه أيضاً: إن القاضي إذا باع مال أحد اليتيمين من الآخر.. جاز، وكذا الأب والوصي لو فعل ذلك.. لا يجوز بالاتفاق.

وذكر رشيد الدين: أن الأب لو باع مال أحد اليتيمين من الآخر.. جاز.

والقاضي أو الوصي لو فعل ذلك.. لا يجوز، ففي المسألة روايتان.

وأما لو باع القاضي مال الصغير من أجنبي.. جاز بلا خلاف؛ إن بثمن مثله.

ثم شرطُ صحة الإجازة في الموقوف: قيام العاقدين وقيام المعقود عليه، ولا يشترط قيام الثمن إن كان الثمن من النقود، وإن كان من العروض.. يشترط قيامه أيضاً.

وإن مات المالك.. لا ينفذ بإجازة الوارث.

وعند إجازة المجيز.. يملكه المشتري مع الزيادة التي حدثت بعد البيع قبل الإجازة. [٦٨/أ]

وحقوق العقد: من قبض الثمن وغيره عند الإجازة.. ترجع إلى العاقد.

وأيهما فسخ العقد قبل الإجازة.. صح فسخه.

وإذا هلك المبيع عند المشتري.. كان للمالك الخيار؛ إن شاء.. ضمن البائع قيمته، وإن شاء.. ضمن المشتري.

وعند اختياره تضمين أحدهما.. برئ الآخر.

فإن ضمن المشتري.. بطل البيع، ويسترد المشتري الثمن من البائع إن كان نقده.

وإن ضمن البائع.. ينفذ بيع البائع إن كان المبيع في ضمان البائع عند السلم.

وأمّا الفَاسِد.. فهو يفيد الملك بالاتفاق عند اتصال القبض به في مجلس العقد بإذن البائع.

واختلفوا: فيما إذا قبضه بعد الافتراق عن المجلس بغير إذن البائع؛ فقيل: لا يملك، وقيل: يملك؛ إن كان الثمن شيئاً يملكه البائع بالقبض حقيقة من المشتري؛ فإنه يكون إذناً بقبض المبيع، وإن كان شيئاً لا يملكه البائع بالقبض؛ كالخمر والخنزير.. فلا يملكه المشتري.

فإن قيل: إنه لو كان مفيداً للملك عند القبض.. لزم حلّ وطء جارية اشتراها شراء فاسداً، وجاز أخذ الشفعة في الدار المشتراة شراء فاسداً، ويحلّ أكل الطعام اشتراه شراء فاسداً.

قلنا: إنما لم يكن له ذلك؛ لأن في الوطء والأكل إعراضاً عن الرد، وفي القضاء بالشفعة تقرير الفساد وتأكيده.. فلا يجوز لذلك، لا لعدم إفادة ملك العين.

ويؤيده: ما لو اشترى داراً بشراء فاسد وقبضها، فبيع بجنبها دار.. فللمشتري أن يأخذها بالشفعة.

ولو اشترى جارية شراء فاسداً وقبضها، ثم ردها.. وجب على البائع الاستبراء.

وسيأتي تفصيل أحكام الباطل والفاسد في فصل على حده.

بيعُ مَا لَيْسَ بِمَالٍ، وَالْبيعُ بِهِ: بَاطِلٌ؛ كَالدَّمِ وَالْميتَةِ ....

والمكروه: ما يصح أصلاً ووصفاً، لكن نهي عند المجاور؛ كالبيع عند أذان الجمعة.

(بيع ما ليس بمال)؛ أي: جعله مبيعاً، (والبيع به) أي: جعله ثمناً؛ لأن الباء تدخل الآلة: (باطل).

أما الأول: فلانعدام محل العقد وهو المال.

وأما الثاني: فلانعدام ركن العقد؛ لأنه مبادلة المال بالمال بالتراضي.

(كالدم والميتة) قيل: إن أريد بالبطلان: بطلانه في حق المسلمين فقط.. تكون الميتة أعم مما مات حتف أنفه ومن غيره مما لم يذبح؛ كالمنخنقة والموقوذة.

وإن أريد البطلان في حق المسلمين والكافرين.. يكون المراد بالميتة: ما مات حتف أنفه؛ فإنه ليس بمال عند أحد ممن له دين سماوي، بخلاف المنخنقة والموقوذة ونحوهما مما لم يذبح ولم يمت حتف أنفه.. فإن ذلك عند أربابها بمنزلة الذبيحة عندنا، فيكون مالاً عندهم، حتى لو باعها ذلك فيما بينهم.. جاز في حقهم على ما في «التجنيس». وفيه نظر؛ لأن الميتة التي لم تمت حتف أنفها: مثل الخمر والخنزير في حق البيع؛ فإن جعلت مبيعاً [٦٨/ب].. كون البيع باطلاً، وإن جعلت ثمناً كما في المقايضة.. يكون فاسداً في حق المسلمين.

وقال في «البدائع»: ولا ينعقد بيع الميتة والدم وذبيحة المجوس والمرتد والمشرك ومتروك التسمية عمداً عندنا، وذبيحة المجنون والصبي الذي لا يعقل، وكذا ذبيحة صيد الحرم، محرماً كان الذابح أو حلالاً، وذبيحة المحرم؛ لأن الكل ميتة، ولا نعقد بيع صيد المحرم؛ سواء كان صيد الحرم أو الحلّ. انتهى.

وفي «البزازية»: بيع متروك التسمية عمداً من كافر.. لا يجوز.

أطلقه، فشمل بيع الدين من غير من عليه الدين؛ لأنه فاسد، والدين ليس بمال حالاً، وإنما يصير مالاً بعد القبض.

وَالْحرِّ، وَكَذَا بيعُ أمِّ الوَلَدِ وَالْمُدبَّرِ،

(والحرّ)؛ لأنه ليس بمال أصلاً؛ فلو جعل مبيعاً.. يفوت المحل، ولو جعل ثمناً.. يفوت الركن.

ومعتق البعض كالحر.

(وكذا بيع أم الولد والمدبر) المطلق؛ لأن المقيد يجوز بيعه على ما مر في بابه.

وحكم ولدهما كنفسهما في عدم جواز البيع، وهذا؛ لأن أم الولد قد استحقت الحرية من قبل ولدها؛ لقوله ﷺ: «أعتقها ولدها».

و: المدبر انعقد فيه سبب الحرية في الحال؛ على ما ذكرناه في بابه.

وبين استحقاق العتق وجواز البيع منافاة.. فلا يجوز بيعهما لتحقق منافيه.

ولو ماتت أم الولد في يد المشتري.. لا ضمان عليه باتفاق الروايات عن أبي حنيفة، كما لا ضمان فيها بالغصب على الغاصب؛ لعدم تقوم ماليتها عنده، وإنما تضمن بما يضمن الصبي الحر إذا غصب، كذا ذكره في «فتح القدير».

ثم قال: ومعناه: أن الغاصب إذا نقلها إلى أرض مسبعة أو كثيرة الحيات فماتت بنهش حية أو افتراس سبع.. ففيها الدية على عاقلة الغاصب؛ كما في غصب الصبي.. فإنه لا يضمن إلا إذا نقله إلى مسبعة أو كثيرة الحيات وهلك منها.

وفي «الأشباه»: أو مكان الوباء أو الحمى وهو أعجب.

ولو مات المدبر في يد المشتري.. ففي رواية غير المعلى عن أبي حنيفة: أنه لا ضمان عليه، وفي رواية المعلى عنه: أنه يضمن قيمة المدبر بالبيع كما يضمن بالغصب.

وقيمة المدبر: ثلثا قيمته قناً.

وقيل: نصفها، وقد تقدم بيانه في العتاق، فارجع إليه.

والفرق بين ضمان البيع وضمان الغصب في المدبر ـ في غير رواية المعلى عنه ـ: أن ضمان البيع وإن كان أشبه ضمان الغصب من حيث الدخول في ضمانه بالقبض..

وَكَذَا بيعُ المكَاتَبِ ....

لكن لا بد من اعتبار جهة البيع؛ لأن الملك إنما يثبت بهذا الاعتبار؛ فإذا لم يكن المدبر محلاً للبيع.. انهدرت جهة، فبقي قبضاً بإذن المالك.. فلا يجب الضمان.

بخلاف الغصب؛ فإن القبض فيه ليس بالإذن.

وقالا: يجب قيمة كل من أم الولد والمدبر على المشتري إذا مات في يده بلا فرق [٦٩/أ] بينهما؛ لأن كلاً منهما مقبوض بجهة البيع، ويدخلان تحت العقد، حتى يملك ما يضم إليهما في البيع على ما سيأتي، وما هو كذلك.. فهو مضمون كسائر الأموال المقبوضة على سوم الشراء.

والجواب: أن القبض بجهة البيع إنما يوجب الضمان في الأموال إلحاقاً بحقيقة البيع في محل يقبل الحقيقة، وهما لا يقبلان الحقيقة.. فلا تلحق الجهة بها، وفائدة دخولهما تحت العقد تظهر فيما ضم إليهما في العقد من الأموال لا في أنفسهما، ونظيره: ما إذا باع عبداً مع عبد المشتري من المشتري.. فإنه يقسم الثمن على قيمتهما، فيأخذ المشتري عند البائع بحصته من الثمن فيصح البيع في حق عبد البائع لا في عبد المشتري، كذا في «العناية».

وقال في فصل البيع الباطل من «قاضي خان»: ويضمن المكاتب والمدبر بالغصب والبيع الفاسد، وأم الولد لا تضمن بالغصب والبيع الفاسد عند أبي حنيفة. انتهى.

وذكر في عناية «مبسوط السرخسي»: أن المكاتب لا يضمن بالغصب.

وفي «الأشباه»: للمستأمن بيع مدبره ومكاتبه دون أم ولده.

(**وكذا بيع المكاتب**) أي: باطل، وكذا بيع ولده، وإنما أفرده بالذكر للاستثناء الآتي، وهذا لأنه استحق يداً على نفسه لازمة في حق المولى، حتى لا يملك فسخ الكتابة بدون رضى المكاتب وإن لم تكن لازمة في حق نفسه، حتى يقدر على فسخها بتعجيز نفسه؛ فلو جاز بيعه.. لبطل هذا الاستحقاق، وذلك باطل.

إِلَّا أَن يُجِيزَهُ، ....

فإن قيل: لو بطل بيعهم.. لبطل بيع قن ضم إليهم في البيع كالمضمون إلى الحر.

فالجواب: أن بيع الحر باطل ابتداء وبقاء؛ لعدم المحلية أصلاً، وبيع هؤلاء باطل بقاء لا ابتداء؛ لاستحقاقهم الحرية بقاء لا ابتداء، حتى جاز بيعهم من أنفسهم، ولو قضى القاضي بذلك.. نفذ قضاؤه، وإذا كان كذلك.. دخلوا في البيع ابتداء؛ لكونهم محلاً له في الجملة، ثم خرجوا منه؛ لتعلق حقهم، فبقي القن بحصته من الثمن، والبيع بالحصة بقاء جائز بخلاف ؛ فإنه لما لم يدخل ابتداء.. لزم البيع بالحصة ابتداء، وذلك باطل.

(إلا أن يجيزه) أي بيعه.. فحينئذٍ يجوز وينفذ في ظاهر الرواية، على ما في «الهداية».

وعللوه: بأن عدم جوازه كان لحقه، ولما أسقط حقّه برضاه.. انفسخت الكتابة، فجاز البيع.

وفي رواية «النوادر»: لا يجوز بيع المكاتب وإن أجازه.

وفي «البحر» نقلاً عن «إيضاح الإصلاح»: أن بيع أم الولد والمدبر والمكاتب باطل موقوف، فينقلب جائزاً بالرضاء في المكاتب، وبالقضاء في الآخرين؛ لقيام المالية، قال: وهو ضعيف؛ لأنه لا بد في المكاتب من الرضاء قبل البيع على الصحيح.

فعلى هذا: بيع المكاتب لا ينقلب جائزاً [٦٩/ب] بالإجازة بعد البيع.

ثم قال: ونفاذ القضاء ببيع أم الولد.. ضعيف.

في قضاء «البزازية»: الأظهر: عدم النفاذ.

قلت: وصحح في «فتح القدير»: النفاذ بقضاء القاضي.

وَكَذَا بيعُ مَالٍ غيرِ مُتَقَوِّمٍ كَالْخمرِ وَالْخِنْزِير بِالثّمن، ....

وفي باب تصرف الوصي في مال الصغير من «القنية» بعلامة «قعم»: باع الوصي مال اليتيم بغبن فاحش.. فهو باطل لا يملك بالقبض.. إلخ، بل هو فاسد. انتهى.

وعلل هذا: بأنه بيع ممن له ولاية بيع هذا العين في الجملة، ولا ضرر على الوصي في كونه فاسداً؛ لأنه لا ولاية أصلاً.

قلت: لا نسلم أن للوصي ولاية في بيع مال اليتيم بغبن فاحش؛ لأنه نصب أميناً، والغبن الفاحش ينافي الأمانة، ولزوم القيمة لا يدفع التنافي، فيكون البيع باطلاً؛ لأنه في حق البيع بالغبن الفاحش: كالأجنبي.

وفي «فتاوى الأنقروي» نقلاً عن «الجواهر»: باع الوصي ضيعة اليتيم للدين، فتبين أن قيمتها أكثر.. فالبيع باطل، ولا يحتاج إلى فسخ الحاكم.

(**وكذا**) أي: باطل (**بيع مال غير متقوم؛ كالخمر والخنزير بالثمن**) من الدراهم والدنانير والفلوس النافقة.

وهذا؛ لأن كلاً منهما ـ وإن كان مالاً؛ لكونهما مشروع التناول في الجملة كما في شريعة من قبلنا ـ لكنهما غير متقوم؛ لأنا أمرنا بإهانتهما شرعاً، والمهان شرعاً لا غرة له، فلا تقوُّم له.

فلو تملكه بالعقد مقصوداً؛ بأن جعله مبيعاً.. لزم إعزاز المهان شرعاً، وذلك باطل، فيكون بيعها باطلاً، بخلاف ما إذا جعلهما ثمناً في العقد بأن قابلهما بالعين مقايضة؛ فإن الأثمان ليست بمقصودة في البيع، بل آلة له.. فلا يلزم إعزاز المهان شرعاً.. فيكون فاسداً، فيجعل كلّ من الخمر والخنزير في البيع مقايضة ثمناً؛ صوناً لتصرف العاقل عن الفاسد.

وبيع ميتة لم تمت حتف أنفها من هذا القبيل.

وَبيعُ قِنٍّ ضُمَّ إِلَى حرٍ، وذكيّةٍ ضُمَّتَ إِلَى ميتَةٍ، وإِنْ بَيَّن ثمنَ كُلٍّ، وَعِنْدَهُمَا: يَصحُّ فِي العَبْدِ والذكيةِ إِن بَيَّنَ الثّمنَ.

(وبيع قن ضم إلى حرّ، وذكية ضمت إلى ميتة) ماتت حتف أنفها، وكذا بيع حي ضم إلى ميتة ماتت حتف أنفها، وبيع قن ضم إلى حمر، وكذا بيع قن ضم إلى معتق البعض؛ كما في عتاق «الأشباه» أي: كلها باطل.

وكذا بيع متروك التسمية عمداً باطل ولو من كافر على ما ذكرناه نقلاً عن «البزازية»؛ لإطلاق قوله تعالى: ﴿وَلَا تَأْكُلُوا مِمَّا لَمْ يُذْكَرِ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ﴾.

(وإن) وصلية (بيّن ثمن كلٍ) بأن قال: بعتهما بألف، كل واحد بخمسمائة، هذا عند أبي حنيفة.

(وعندهما: يصح في العبد والذكية) والحي والخلّ (إن بين الثمن)؛ لأن الفساد بقدر المفسد، إذ الحكم بقدر دليله، والمفسد في الحر: كونه ليس بمحل للبيع، وهو مختص به دون القن.. فلا يتعداه؛ كما إذا جمع بين الأجنبية وأخته في النكاح.

بخلاف ما إذا لم يبين ثمن كلّ؛ لأن ثمن العبد مجهول.

فإن قيل: في أول صلح «قاضي خان» ما يدل على أن هذا البيع لا يصح مطلقاً [٧٠/أ] عندهما أيضاً؛ حيث قال فيه: إذا صولحت المرأة مع الورثة؛ فإن كان في التركة دين على الناس فصولحت على الكل.. فالصلح باطل عند أبي حنيفة وصاحبيه؛ كما لو جمع بين حر وعبد وباعهما صفقة واحدة. انتهى ملخصاً.

قلنا: يحمل كلام قاضي خان على ما إذا لم يبين حصة كل من العبد والحر.. فلا مخالفة حينئذٍ.

ولأبي حنيفة: أن الحر والميتة لا يدخلان تحت العقد أصلاً؛ لعدم كونهما مالاً، والبيع صفقة واحدة؛ بدليل: أن المشتري لا يملك قبول العقد في أحدهما دون الآخر، فكان قبول العقد فيما لا يصح: شرطاً لصحته فيما يصح، فكان شرطاً فاسداً.

فإن قيل: إنه لما بين ثمن كل.. كانت الصفقة متفرقة، فلا يكون قبول العقد فيما

وَصَحَّ فِي قِنٍّ ضُمَّ إِلَى مُدبَّرٍ، أَو إِلَى قِنِّ غَيرِه بِالْحِصَّةِ.
وَكَذَا فِي مِلْكٍ ضُمَّ إِلَى وَقفٍ فِي الصَّحِيحِ.

لا يصح: شرطاً فيما يصح حتى يكون فاسداً، ولأن شرط الفاسد: هو ما يكون فيه منفعة لأحد العاقدين أو المعقود عليه، حتى يكون في معنى الربا أو ليس في قبول العقد في الحر منفعة لأحدهما، ولا للمعقود عليه.

قلنا: إن الصفقة لا تتفرق بمجرد بيان ثمن كلّ، بل لا بد من تكرر لفظ البيع أو الشراء عند أبي حنيفة؛ على ما مر في أول الكتاب، وإن في قبول العقد في الحر منفعة للبائع؛ فإنه إذا باعهما بألف والحر لا يقابله بدل.. فكأنه قال: بعت هذا العبد بخمسمائة على أن يسلم إلي خمسمائة أخرى، فينتفع به بفضل خال عن العوض؛ وهو الربا.

والقياس على النكاح: فاسد؛ لأنه لا يبطل بالشرط الفاسد، والبيع يبطل به.

(**وصح**) البيع (**في قنّ ضم إلى مدبر**) أو أم ولد أو مكاتب (**أو إلى قن غيره بالحصة**)؛ لأنهم دخلوا تحت العقد لقيام المالية؛ فإنها باعتبار الرق والتقوم، وهما موجودان فيهم، حتى صح بيعهم من أنفسهم، ومن غير أنفسهم أيضاً موقوفاً، وينفذ بقضاء القاضي في المدبر وأم الولد عند أبي حنيفة وأبي يوسف، وبرضاء المكاتب في بيع المكاتب، وبإجازة المولى في قن الغير؛ فإذا دخلوا في الحكم ابتداء وخرجوا بقاء باستحقاق المدبر وأم الولد والمكاتب أنفسهم وباستحقاق المولى قنه.. بقي القن المضموم إليهم بحصته من الثمن، ولم يكن البيع بالحصة ابتداء.

(**وكذا**)؛ أي: صح (**في ملك ضم إلى وقف**)؛ أي: بحصته من الثمن، على ما صرح به في «القهستاني» نقلاً عن السرخسي والسغدي.

(**في الصحيح**)؛ لأن الوقف مال ينتفع به انتفاع الأموال، غير أنه لا يباع لحق يتعلق به.. فلا يمنع صحة البيع فيما ضم إليه كما في نحو المدبر، لكن المراد بالوقف ههنا: ما ليس بمسجد؛ فإن المسجد لو ضم إلى الملك.. يبطل البيع فيهما؛

لأن المسجد كالحر؛ على ما في «التبيين»، إلا أن يكون خراباً؛ لأن بيع المسجد الخراب جائز في أحد القولين؛ على ما في «التجنيس».

ومن هذا القبيل: بيع كرم ضم إلى الأرض الأميرية؛ حيث [٧٠/ب] يصح في الكرم بحصته من الثمن؛ لأن الأراضي الأميرية يصح بيعها للسلطان عند الحاجة إلى بيعها لبيت المال.

وقال في «المحيط»: لو باع كرماً أو خاناً فيه مسجد، أو قرية فيها مسجد ومقابر ولم يستثن المسجد والمقابر.. صح البيع في الملك في الأصح؛ لأن المسجد والمقابر مستثنىً عادة، وهذا ليس من قبيل ضم ملك إلى وقف.

وأفتى بعض مشايخ الإسلام: بأن المراد بالوقف الذي ضم إليه ملك ولم يبطل بيع الملك في الصحيح: هو الوقف الذي لم يحكم بصحته ولزومه؛ لأنه حينئذ كالمدبر.

وأما إذا حكم بصحته ولزومه وضم إليه ملكاً وبيع.. فالبيع باطل فيهما معاً؛ لأنه حينئذ صار كالحر بالإجماع.

وفرق الإمام فخر الدين قاضي خان بين المسجد والمقبرة، وفصل في المسجد؛ حيث قال في «فتاواه»: رجل باع أرضاً فاستحق طائفة معلومة منها؛ بأنها طريق العامة أو المقبرة.. لا يفسد البيع في الباقي؛ لأن الطريق والوقف؛ أي: المقبرة مال متقوم، فلا يفسد البيع فيما ضم إليه؛ كما لو جمع بين قن ومدبر وباعهما صفقة واحدة.. جاز البيع في القن.

وإن ظهر أن بعض الأرض كان مسجداً.. ذكر في «المنتقى»: أن المسجد إن كان مسجد جماعة.. فسد البيع في الباقي، وإن كان مسجداً خاصاً.. لا يفسد.

قال: ومسجد الجماعة: مسجد جماعات المسلمين.

وَبيعُ العرَضِ بِالْخمرِ أَو بِالْعَكْسِ فَاسدٌ، وَكَذَا بَيْعُه بالخنزير.

ولو كان المسجد في دار لو أغلق باب الدار يكون للمسجد أهل في الدار يصلون فيها بجماعة، ولا يمنعون الناس عن الدخول والصلاة معهم.. فهو مسجد جماعة، فلا يكون محلاً للبيع؛ خراباً كان أو عامراً.

وإن كان لو أغلق باب الدار لا يبقى للمسجد أهل في الدار.. فليس لهذا حكم المسجد؛ منعوا الناس عن الدخول أو لم يمنعوا.

وكذا لو باع قرية فيها مسجد قديم ولم يستثن المسجد.. فهو فاسد.

وفي «الفتاوى»: رجل باع كرماً وفيه مسجد قديم ولم يستثن المسجد.. قالوا: إن كان المسجد عامراً.. فسد البيع، وإن كان خراباً.. لا يفسد؛ لأن العلماء، اختلفوا في المسجد الذي خرب ما حوله واستغنى الناس عن الصلاة فيه؛ قال بعضهم: يبقى مسجداً، وقال بعضهم: يعود إلى ملك الباني أو إلى ملك وارثه، فلا يبقى مسجداً، فكان هذا المسجد بمنزلة المدبر.

وعن غيرهم: باع قرية ولم يستثن المقبرة والمسجد.. فسد البيع من غير تفصيل. انتهى.

(**وبيع العرض بالخمر**)؛ أي: بأن يكون الخمر ثمناً (**أو بالعكس**) أي: بأن يجعل الخمر مبيعاً: (**فاسد**.

وكذا بيعه)؛ أي: بيع العرض (**بالخنزير**) وبالعكس، وإنما قيد بالعرض؛ لأن بيعهما بالدراهم والدنانير باطل على ما مر.

ووجه الفساد في الأول: أن حقيقة البيع موجود فيه؛ لأنهما مال [٧١/أ] بالاتفاق، لكنهما غير متقوم عندنا، فبالنظر إلى وجود حقيقته وبالنظر إلى عدم تقومهما.. لم يصح، فقلنا: إنه فاسد.

وأما في عكسهما؛ فإن هذا البيع مقايضة؛ لكونه بيع عرض بعرض، وفي بيع المقايضة: كل من البدلين يكون ثمناً ومثمناً، فلما كان في الخمر والخنزير جهة

وَلَا يجوزُ بيعُ طيرٍ فِي الهَوَاءِ، وَلَا سَمَكٍ لم يُصَدْ، أَو صِيْدَ وَأُلْقِيَ فِي حَظِيرَةٍ لَا يُؤْخَذُ مِنْهَا بِلَا حِيلَةٍ، أَو دخلَ إِلَيْهَا بِنَفسِهِ وَلم يُسدَّ مدخلُهُ.

الثمينة؛ كما في الأول.. رجح جانب الفساد على جانب البطلان، وذلك بأن جعلهما ثمناً لا مبيعاً؛ صوناً لتصرف العاقل عن البطلان بقدر الإمكان؛ فإذا كان فاسداً.. يفيد بالقبض ملك المبيع؛ أي: العرض لا ملك الثمن؛ أي الخمر والخنزير؛ لأن التسمية بهما باطلة، حتى وجب قيمة العرض، لا الخمر والخنزير بالقبض في الصورتين.

(**ولا يجوز بيع طير في الهواء**) سواء جعله مبيعاً أو ثمناً، وسواء باعه قبل أن يصطاد أو بعد أن يصطاد وأرسل من يده؛ لعدم الملك في الأول.. فيكون باطلاً، ولعدم القدرة على التسليم في الثاني.. فيكون فاسداً.

ولو سلمه ثانياً.. يعود جائزاً عند الكرخي، ولا يعود عند مشايخ بلخ.

ولو كان الطير يذهب ويجيء كالحمام ونحوه.. لا يجوز بيعه أيضاً في ظاهر الرواية.

لكن ذكر في «قاضي خان»: وإن باع طيراً له في الهواء؛ إن كان داجناً يعود إلى بيته ويقدر على أخذه من غير تكلف.. جاز بيعه، وإلا.. فلا.

وفي «الهداية»: والحمام إذا علم عددها وأمكن تسليمها.. جاز بيعها، وإلا .. فلا.

(**ولا**) بيع (**سمك لم يصد**) لعدم تملكه، فيكون باطلاً.

(**أو صيد وألقي في حظيرة**) وهو: المحيط بالشيء، خشباً أو قصباً (**... لا يؤخذ منها بلا حيلة**) وتكلف؛ لكونها كبيرة؛ لأنها غير مقدور التسليم، فيكون فاسداً، ولو سلمه بعده.. ففي عوده إلى الجواز روايتان، كما في الطير.

(**أو دخل إليها بنفسه ولم يسد مدخله**).. فإن بيعه باطل.

وَإِنْ صيدَ وَأُلْقِيَ فِيهَا وَأمكنَ أَخذُه بِلَا حِيلَةٍ.. صَحَّ.

وإن كانت الحظيرة صغيرة يؤخذ منها من غير حيلة؛ لعدم التملك؛ لأنه إنما يتملكه بسد مدخله لا بمجرد الاجتماع في حظيرة ملكه؛ كما لو باض الطير في أرضه أو فرخت؛ فإنه لا يملكه؛ لعدم الإحراز.

لا يقال: إذا عسل النحل في أرضه.. فإنه يملكه بمجرد اتصاله بملكه من غير أن يحرزه أو يهيئ له موضعاً؛ لأن العسل إذ ذاك قائم بأرضه على وجه القرار، فصار كالشجر النابت فيها.

بخلاف بيض الطير وفرخها والسمك المجتمع بنفسها.. فإنها ليست فيها على وجه القرار.

ولو دخل السمك الحظيرة باحتياله.. فقيل: إنه ملكه ويصح بيعه وإن لم يسد مدخله، وقيل: لا يملكه ما لم يسده؛ لعدم الإحراز.

(**وإن صيد وألقي فيها**)؛ أي في الحظيرة (**وأمكن أخذه بلا حيلة.. صحّ**) بيعه؛ لتملكه، وللمشتري خيار الرؤية وإن رآها في الماء؛ لأن السمك يتفاوت [٧١/ب] خارج الماء، ولا يكفيه رؤيته في الماء، فصار كأنه اشترى ما لم يره.

وفي «البحر» قد سألت حين تأليف كتاب البيوع؛ في سنة ثمان وستين وستمائة عن البحيرة الجارية في وقف «الجامي اليوسفي»: أيجوز إجارتها من الناظر لمن يصطاد السمك منها؟ ففتشت ما عندي من الكتب.. فلم أرها إلا في كتاب «الخراج» لأبي يوسف قال: حدثنا عبد الله بن علي بن إسحاق بن عبد الله عن أبي الزناد قال: كتبت إلى عمر بن الخطاب في بحيرة يجتمع فيها السمك بأرض العراق أن يؤجرها، فكتب: أن افعلوا.

قال: وحدثنا أبو حنيفة عن حماد قال: طلبت إلى عبد الحميد بن عبد الرحمن فكتب إلى عمر بن عبد العزيز يسأله: عن بيع صيد الآجام؟ فكتب إليه عمر: إنه لا بأس به، وسماه: الحبس. انتهى.

قال: فعلى هذا.. لا يجوز بيع السمك في الآجام، إلا إذا كان في أرض بيت المال، ويلحق به أرض الوقف.

لكن بعد مدة رأيت في «الإيضاح»: عدم جواز إجارته. انتهى ما في «البحر».

أقول: ما ذكره من جواز مسألة إجارة المصيد لصيد السمك.. ينافيه ما ذكره في إجارات «البزازية»؛ حيث قال: الإجارة إذا وقعت على العين.. لا تجوز، فلا يصح استئجار الآجام والحياض لصيد السمك ورفع القصب وقطع الحطب أو لسقي أرضه أو غنمه منها، وكذا إجارة المراعي، والحيلة في الكل: أن يستأجر موضعاً معلوماً لظعن الماشية وسبح الماء والمرعى. انتهى.

وهكذا ذكره في «قاضي خان » أيضاً، وقال: لأن الإجارة ما وضعت لملك العين.

والجواب عما قاله «البحر»: أن يراد ممن [قول من] يجوزه: هو الإجارة لسبح الماء؛ كما ذكره في «البزازية» من الحيلة المذكورة.

ثم تفصيل هذه المسألة على ما ذكره ابن الهمام: أن بيع السمك في البحر أو النهر لا يجوز؛ فإن كانت حظيرة فدخلها السمك؛ فإما أن يكون أعدّها لذلك، أو لا:

فإن كان أعدها لذلك.. فما دخلها ملكه، وليس لأحد أن يأخذه، ثم إن كان يؤخذ بغير حيلة اصطياد.. جاز بيعه؛ لأنّه مملوك مقدور التسليم؛ مثل السمكة في جبّ. وإن لم يكن يؤخذ إلّا بحيلة.. لا يجوز بيعه؛ لعدم القدرة على التسليم عقيب البيع.

وإن لم يكن أعدها لذلك.. لا يملك ما يدخل فيها، فلا يجوز بيعه؛ لعدم الملك، إلا أن يسد الحظيرة إذا دخل.. فحينئذٍ يملكه، ثم ينظر:

إن كان يؤخذ بلا حيلة.. جاز بيعه؛ لأنه مملوك مقدور التسليم، أو بحيلة.. لم يجز؛ لأنه وإن كان مملوكاً.. فليس بمقدور التسليم، فظهر منه: أن تهيئة الشيء

وَلَا بيعُ الحَملِ، أَو النِّتَاجِ، وَاللَّبنِ فِي الضَّرعِ.

وَكَذَا اللُّؤْلُؤ فِي الصّدفِ، ....

للشيء يصير سبباً للتملك لذلك الشيء.. لا يجوز بيعه.

ومن مسائل التهيئة: ما ذكروه: حفر حفيرة [٧٢/أ] فوقع فيها صيد؛ فإن كان اتخذها للصيد.. ملكه، وليس لأحد أخذه، وإن لم يتخذها له.. فهو لمن أخذه.

نصب شبكة للصيد، فتعلق بها صيد.. ملكه؛ فلو كان نصبها ليجففها من بلل، فتعلق بها.. لا يملكه، وهو لمن أخذه، إلا أن يأتي فيجوزه.

ومثله: إذا هيأ حجره لوقوع النثار فيه.. ملك ما يقع فيه، ولو وقع في حجره ولم يكن هيأه لذلك.. لم يملك ما يقع فيه، فهو لمن يسبق فيأخذه.

وكذا: من هيأ مكاناً للسرقين.. فله ما طرح فيه عند البعض.

وقيل: السرقين لمن يسبق؛ سواء هيأ المكان له، أو لا.

(ولا) يجوز (**بيع الحمل**)؛ أي الجنين، (**أو النتاج**) أي: نتاج الحمل؛ أي: ولد الولد، وكانوا في الجاهلية يعتادون ذلك، فنهى النّبي ﷺ عن بيع الحبل وحبل الحبلة، لما فيه من الغرر، ولكن عدم الجواز في الأول: بمعنى الفساد، وفي الثاني: بمعنى البطلان؛ لأنّ عدم الأول ليس بمقطوع فيه، وعدم الثاني مقطوع به.

قال في «المغرب»: الغرر: هو الخطر الذي لا يدري أيكون أم لا يكون؛ كبيع السمك في الماء والطير في الهواء.

وفي «العناية»: الغرر ما طوي عنك علمه.

(و)لا بيع (**اللبن في الضرع**)؛ لما فيه من الغرر، فلعله انتفاخ لا لبن، ولما فيه من النزاع في كيفية الحلب.. فالمشتري: يستقصي في الحلب، والبائع: يطالبه بأن يترك فيه داعية اللبن، ولأنه يزداد ساعة فساعة، والبيع لم يتناول الزيادة؛ لعدمها عنده، فيختلط المبيع بغيره بحيث لا تمييز بينهما، فيفسد.

(وكذا) بيع (**اللؤلؤ في الصدف**)؛ لما فيه من الغرر وتعذر تسليمه إلا بكسر الصدف.

وَالصُّوفُ على ظهرِ الغنمِ.

وقال أبو يوسف: إنّه يجوز، وله خيار الرؤية؛ لأن الصدف لا ينتفع به إلّا بالكسر.. فلا يعد كسره ضرراً.

والأول: قول محمد وعليه الفتوى، على ما في «قاضي خان».

وفيه أيضاً: لو اشترى سمكة فوجد في بطنها لؤلؤة؛ إن كانت اللؤلؤة في الصدف.. كانت للمشتري؛ لأنّ الصدف يكون غذاء للسمك، وكل ما يكون غذاء للحيوان.. فهو يكون للمشتري، وإن لم تكن اللؤلؤة في الصدف.. فإنها تكون للبائع، وتكون في يد المشتري بمنزلة اللقطة.

ولو اشترى دجاجة فوجد في بطنها لؤلؤة.. كانت للبائع، فترد عليه.

ولو ابتلعت الدجاجة لؤلؤة فباعها صاحبها حية مع اللؤلؤة التي ابتلعت.. فسد البيع.

وإن كان المشتري رأى اللؤلؤة حين ابتلعت؛ فلو كانت الدجاجة ميتة فباع اللؤلؤة التي في بطنها.. جاز، ولا خيار للمشتري إن كان رآها.

(**والصوف على ظهر الغنم**)؛ لأنه من أوصاف الغنم لاتصاله به وقيامه معه.. فلا يكون مقصوداً [٧٢/ب] أوجده بالبيع، بخلاف ما يكون متصلاً بالشجر؛ فإنه عين مال مقصود من وجه.. فيجوز بيعه؛ ولأنّه ينبت من أسفل؛ بدليل: أنه إذا خضب الصوف على ظهر الغنم، ثم ترك حتى نما.. فالمخضوب يبقى على رأسه لا في أصله، فيختلط المبيع بغيره بحيث لا يتمايز.. فيفسد البيع.

بخلاف القوائم المتصلة بالشجر؛ فإنها تزيد من أعلاها؛ بدليل أنه لو ربط خيطاً في موضع منها وترك أياماً: يبقى الخيط أسفل مما في رأسها الآن، والأعلى ملك المشتري.. فالزيادة وقعت في ملكه، فلا يلزم الاختلاط والاختلاف، فيجوز بيعه.

فإن قيل: الفصيل كالصوف وجاز بيعه.

خلافاً لأبي يُوسُفَ فيهمَا، وَلَا بيعُ اللَّحْمِ فِي الشَّاةِ.

قلنا: إن الفصيل وإن أمكن وقوع التنازع فيه من حيث القطع، ولكن لا يمكن وقوعه من حيث القلع فيقلع.

وأمّا القطع في الصوف.. فتعين؛ إذ لم يعهد فيه القلع؛ أي النتف فيقع التنازع في موضع القطع، وقد صح عن النّبي ﷺ، أنه نهى عن بيع الصوف على ظهر الغنم، وعن لبن في ضرع، وسمن في لبن، ثم جواز بيع القوائم المتصلة بالشجر ليس باتفاقي.

لأنّ منهم: من جوزه؛ لما ذكرناه، وهو مختار صاحب «الهداية».

ومنهم: من منعه معلّلاً بأنه يزداد ساعة فساعة فيختلط المبيع بغيره.. فلا يجوز بيعه، كذا في «قاضي خان».

فظهر منه: أن بيع القوائم المتصلة بالشجر بعد التناهي في النمو.. اتفاقي.

(**خلافاً لأبي يوسف فيهما**)؛ أمّا الأول: فلما ذكرناه.

وأما الثاني: فلم يقم منه ما يصح أن يحتج به، لكن ذكر في صلح «شرح المجمع»: إنما يجوز بيع الصوف على ظهر الغنم؛ إذا شرط أن يقطعه من ساعته.

(**ولا بيع اللحم في الشاة**) الحية، وكذا شحمها وأكارعها وجلدها وكرشها؛ لعدم إمكان تسليمها إلا بإفساد خلقتها.

ولو باع كرش شاة مذبوحة لم تسلخ.. جاز؛ وإخراجه على البائع والمشتري على الخيار إذا رآه على ما في «البحر».

وكذا: لا يجوز بيع الدقيق في هذه الحنطة، والسمن في هذا اللبن كما ذكرناه.

بخلاف بيع الحبوب في قشرها، وبيع الذهب والفضة في ترابها بخلاف جنسها؛ لأنها معلومة بالعلم ببعضها.

ولو كان له زرع وقد استحصد فباع حنطتها.. جاز؛ لأنه باع موجوداً يقدر على تسليمه.

وضربةُ القانصِ، وجذعٌ فِي سقفٍ، وذراعٌ من ثوبٍ وَإِن ذكر قطعه.

فَلَو قُلِعَ الجذْع أَو قُطِعَ الذِّرَاعُ، وَسُلِّم قبَل الفَسْخِ.. عَادَ صَحِيحاً.

ولو باع تبنها.. لا يجوز؛ لأنّ التبن لا يكون إلا بعد الدوس والتذرية، فكان هذا بيع المعدوم.

ولو باع ساق الحنطة دون الحنطة.. جاز.

ولو اشترى حنطة في سنبلها وشرط التذرية والدوس على البائع.. جاز؛ لأنه باع الحنطة فكانت التذرية عليه.

(و)لا بيع (**ضربة القانص**)؛ أي: الصائد، وضربة القانص: ما يخرج من الصيد بضرب الشبكة، إنما نهي عنه؛ لما فيه [٧٣/أ] من الغرر.

وكذا لا يجوز بيع ضربة القانص في الماء لاستخراج الدرة.

(و)لا بيع (**جذع في سقف**)؛ للجهالة والضرر.

(و)لا بيع (**ذراع من ثوب**) يضره القطع؛ كالقميص والعمامة، لا الكرباس؛ فإن ذراعاً من كرباس يجوز بيعه؛ لعدم تضرره بالقطع.

(**وإن**) ـ وصلية ـ (**ذكر قطعه**) أو موضع قطعه، وهذا: لأنه لا يمكن تسليمه إلا بضرر لم يوجبه العقد، بخلاف ما إذا لم يضره القطع؛ كبيع ذراع من كرباس، وعشرة دراهم من نقرة فضة.. فإنه جائز؛ لانتفاء علة الفساد.. فلا يجوز بيع حلية سيف وفصّ خاتم ركب فيه بحيث يضرّ خروجه.

وكذا لا يجوز بيع نصيبه من ثوب مشترك بغير شريكه، وبيع ذراع من خشبة؛ للتضرر.

(**فلو قلع**) البائع (**الجذع أو قطع الذراع وسلم قبل الفسخ.. عاد**) البيع (**صحيحاً**)؛ لزوال المفسد.

واختلفوا: في أن المشتري: هل يجبر على القبول حين سلمه البائع؟

قيل: يجبر.

وَلَا المُزَابَنَةُ ....

وقيل: ما لم يجدد البيع.

وقيل: ينعقد تعاطياً حين أخذه.

بخلاف ما إذا باع النوى في التمر والبذر في البطيخ.. فإنه لم يصح وإن شقهما وأخرج المبيع وسلمه؛ لأن في وجودهما احتمالاً.. فلا يجوز بيعه.

ولا ينتقض بنحو بيع الحنطة في سنبلها؛ مع أن وجودها محتمل أيضاً؛ لأن جواز هذا باعتبار صحة إطلاق اسم المبيع عليه وعلى ما يتصل به عرفاً؛ فإن الحنطة إذا بيعت في سنبلها.. يقال: بيعت هذه الحنطة، فالمذكور صريحاً هو المعقود عليه.. فصح العقد؛ لتصحيح لفظه.

وأما بذر البطيخ ونوى التمر وحب القطن.. فاسم المبيع ـ وهو البذر والنوى والحب ـ لا يطلق عليه؛ إذ لا يقال: هذا بذر ونوى وحب، بل يقال: هذا بطيخ وتمر وقطن، فلم يكن المبيع مذكوراً والمذكور ليس بمبيع.

ويقال: إنه إذا باع جلد الشاة المعينة قبل الذبح.. لا يجوز، ولو ذبح وسلخ وسلّم جلدها.. لا ينقلب صحيحاً، وإن كان الجلد عيناً موجوداً؛ كالجذع في السقف، وكذا بيع أكارعها؛ وكرشها لأنا نقول: إن المبيع وإن كان موجوداً فيه.. لكنه متصل بغيره اتصال خلقة، وكان تابعاً له، فكان العجز عن التسليم هناك معنىً أصلياً، لا أنه اعتبر عاجزاً حكماً؛ لما فيه من إفساد شيء غير مستحق بالعقد.

وأمّا الجذع: فإنه عين مال في نفسه، وإنما يثبت الاتصال بينه وبين غيره بعارض فعل العباد، والعجز عن التسليم حكمي؛ لما فيه من إفساد بناء غير مستحق بالعقد؛ فإذا قلع والتزم الضرر.. زال المانع، فيجوز، وهذا ينزع إلى تخصيص العلة والمخلص معروف.

(**ولا المزابنة**) من الزبن؛ بمعنى: الدفع، يقال: [٧٣/ب] زبنت الشيء زبناً: إذا دفعته، ويقال للمشتري: زبون؛ لأنه يدفع غيره عن أخذه المبيع، كذا في «المصباح».

وَهِيَ: بيعُ الثَّمر على النّخلِ بِتَمْرٍ مجذوذٍ مثلِ كَيْلِهِ خَرْصاً.
والمحاقلةُ وَهِيَ: بيعُ البُرّ فِي سُنبلِهِ ببرٍ مثلُ كَيْلِهِ خَرْصاً.

(وهي) في الشرع **(بيع الثمر)** بثاء مثلثة: ما **(على النخل بتمر)** بتاء مثناة **(مجذوذ)**؛ أي: مقطوعاً؛ **(مثل: كيله)** أي كيل ما على النخيل **(خرصاً)** بفتح الخاء المعجمة وسكون الراء المهملة والصاد المهملة؛ أي: بطريق الحزر والتخمين.

وفي «المصباح»: خرصت النخل خرصاً، من باب «قتل» حرزت تمره، وإنما لم يجز هذا البيع؛ للنهي عنه؛ لما في «الصحيحين» من حديث جابر رضي الله عنه: أن رسول الله ﷺ نهى عن المزابنة والمحاقلة، ولما فيه من شبهة الربا.

(و)لا **(المحاقلة: وهي بيع البر في سنبله ببر مثل كيله خرصاً)**؛ لما روينا وذكرنا من شبهة الربا؛ كما لو كانا موضوعين على الأرض وباع أحدهما بالآخر خرصاً.

وبيع العنب بالزبيب على هذا.

وقال الشافعي: يجوز بيع المزابنة فيما دون خمسة أوسق؛ لا فيما زاد عليها، وله في خمسة أوسق قولان؛ لما روي أن النبي ﷺ نهى عن بيع المزابنة، ورخص في العرايا، وهو: أن يباع الثمر الذي على رأس النخيل بخرصها تمراً فيما دون خمسة أوسق.

قلنا: سلمنا أن النبي ﷺ رخص في العرايا، لكن لا نسلم أن معنى العرية ما ذكرتم، بل معناها: لفظ العطية، وتأويلها ههنا: أن يهب الرجل ثمرة نخلة من بستانه لرجل، ثم يشق على المعري دخول المعرى له في بستانه كل يوم؛ لكون أهله في البستان، ولا يرضى من نفسه خلف الوعد والرجوع في الهبة، فيعطيه مكان ذلك تمراً مجذوذاً بالخرص؛ ليدفع ضرورة عن نفسه، ولا يكون مخلفاً لوعده وبه نقول؛ لأن الموهوب لم يصر ملكاً للموهوب له ما دام متصلاً بملك الواهب، فما يعطيه من التمر.. لا يكون عوضاً، بل هبة مبتدأة، ويسمى بيعاً: مجازاً؛ لأنه في الصورة عوض، واتفق أن ذلك فيما دون خمسة أوسق، فظن الراوي: أن الرخصة مقصودة على هذا، فنقل كما وقع عنده.

وَلَا البيْع بالمُلامسةِ، والمنابذةِ وإلقاءِ الحجرِ. بِأَن يتساوما سلْعَةً فَيلْزمُ البيعُ لَو لمسها المُشْتَرِي، أَو وضعَ عَلَيْهَا حجراً، أَو نبذها إِلَيْهِ البَائِعُ.

وَلَا بيعُ ثوبٍ من ثَوْبَيْنِ،

والكلام في المحاقلة: كما في المزابنة.

(ولا البيع بالملامسة والمنابذة وإلقاء الحجر)؛ للنهي عنها، وقد كانت في الجاهلية، ثم نهي عنها، ثم فسرها بقوله: (بأن يتساوما سلعة) يقال: ساوم البائع سلعة: عرضها على البيع وذكر ثمنها، وسامها المشتري: بمعنى أسامها في «المغرب».

(فيلزم البيع لو لمسها المشتري)، رضي المالك بذلك أو لم يرض؛ وهو البيع بالملامسة.

(أو وضع) المشتري (عليها حجراً) وهو: البيع بإلقاء الحجر.

(أو نبذها)؛ أي طرح السلعة (إليه) أي: إلى المشتري (البائع) وهو: البيع بالمنابذة [٧٤/أ].

وفي «المغرب»: بيع الملامسة: أن يقول لصاحبه: إذا لمست ثوبك أو لمست ثوبي.. فقد وجب البيع، أو يقول المشتري كذلك.

والمنابذة: أن يقول: إذا نبذته إليك، أو يقول المشتري: إذا نبذته إلي.. فقد وجب البيع.

وإلقاء الحجر: أن يقول المشتري أو البائع: إذا ألقيت الحجر.. وجب البيع.

ثم وجه الفساد في هذه البيوع: تعليق التمليك على أنه متى لمسه أو ألقى عليه الحجر أو نبذها.. يلزمه البيع بلا خيار منه بعد سبق تراضيهما على الثمن، فصار نفس اللمس وإلقاء الحجر ونبذ السلعة بيعاً ضرورياً مسقطاً للخيار، وقد تقرر: أن التمليكات لا تحتمل التعليق بالخطر.

(ولا بيع ثوب من ثوبين)؛ لجهالة المبيع.

إِلّا بِشَرْطِ أَن يَأْخُذَ أَيهمَا شَاءَ.

وَلَا بيعِ المراعي..

(**إلا بشرط أن يأخذ أيهما شاء**)؛ فإنه حينئذ يجوز استحساناً؛ على ما مر في شرط خيار التعيين.

(**ولا بيع المراعي**) والمراد بها: الكلأ، لا موضع الرعي؛ لأن الأرض يصح بيعها وإجارتها.

واختلفوا في تفسير الكلأ:

قيل: هو ما ليس له ساق من الحشيش، رواه الحلواني عن محمد.

وقيل: ما له ساق وما لا ساق له: كلاهما كلأ، وهو اختيار الفضلي، ويؤيده ما في «المغرب»: كل ما رعته الدواب من رطب ويابس.. فهو كلأ، وإنما لم يجز بيعها؛ لأنها غير مملوكة له؛ لعدم إحرازها.

وبيع ما لا يملك.. لا يجوز، بمعنى: أنه باطل؛ على ما في «قاضي خان».

واشتراك الناس فيها: اشتراك إباحة لا اشتراك ملك، ومعنى: ما رواه أحمد وأبو داود: «الناس شركاء في ثلاث؛ الماء والكلأ والنار»: أن لهم الانتفاع بها:

إما بالماء: فبالشرب وسقي الدواب والاستقاء من الآبار والحياض والأنهار المملوكة.

وإما بالكلأ: فبالاحتشاش، وإن كان في أرض مملوكة، إلا أن لصاحب الأرض المملوكة: أن يمنع من الدخول في أرضه؛ فإن منع.. فلغيره أن يقول: إن لي في أرضك حقاً؛ فإما أن توصلني إليه أو تحتشه أو تستقي وتدفعه لي، وصار كثوب رجل وقع في دار رجل؛ إما أن يأذن لمالك في دخوله ليأخذه، وإما أن يخرجه إليه.

أما إذا أحرز الماء بالاستقاء في آنية أو حوض بحيث انقطع جريانه؛ والكلأ بقطعه.. جاز حينئذ بيعه؛ لأنه بذلك ملكه.

وَلَا إِجَارَتِهَا.

وهذا فيما إذا نبت بنفسه ظاهر، وأما إذا سقى الأرض وأعدّها للإنبات فنبت.. ففي«الذخيرة» و«المحيط» و«النوازل»: يجوز بيعه؛ لأنه ملكه، وهو مختار الصدر الشهيد.

وهكذا ذكر في اختلاف أبي حنيفة وزفر.. فيحمل كلام المصنف: على ما إذا لم يعدها للإنبات، وكذا: لو حدَّق حول أرضه وهيأها للإنبات حتى نبت القصب.. صار ملكاً له.

وقال أبو الحسن القدوري: لا يجوز بيع الكلأ في أرضه، وإن ساق الماء [٧٤/ب] إلى أرضه.. ليس بحيازة.

وفي «فتح القدير»: إن أكثر العلماء على الأول.

وإمّا بالنّار: فبالاصطلاء بها وتجفيف الثياب؛ يعني: إذا أوقد رجل ناراً.. فلكل أن يصطلي بها.

أما إذا أراد أن يأخذ الجمر.. فليس له ذلك إلا بإذن صاحبه؛ كذا ذكره القدوري.

(**ولا إجارتها**)؛ لأنها وردت على استهلاك العين، ومحل الإجارة: استهلاك المنافع لا الأعيان؛ مباحة كانت الأعيان كما نحن فيه، أو مملوكة؛ كاستئجار البقرة ليشرب لبنها، إلا أن تكون الأعيان آلة لإقامة العمل المستحق بالإجارة؛ كالصبغ في استئجار الصباغ، واللبن في استئجار الظئر؛ لكونه آلة للحضانة والظؤورة.

وفي «البحر»: والحيلة في جواز إجارة الكلأ: أن يستأجر أرضاً لإيقاف الدواب فيها أو ليضرب عليها فسطاطاً أو يجعل حظيرة لغنمه أو لمنفعة أخرى بقدر ما يريد صاحبه من الثمن أو الإجارة، ثم يستبيح الكلأ فيحصل به غرضهما.

وهل إجارة الكلأ فاسدة أو باطلة: ذكر في «الشرب»: أنها فاسدة حتى يملك الآجر الأجرة بالقبض، وينفذ عتقه فيه، كذا في «العناية».

وَلَا النَّحْلُ بِلَا كُوَّاراتِ، خلافاً لمُحَمدٍ.

وقال في «القنية» بعلامة «دفع»: حمى واستئجار الأشجار والداراجين باطل.

وهذا يشعر كون إجارة الكلأ باطلاً أيضاً.

وقالوا: إن كانت الإجارة باطلة في الكلأ أو في الأشجار ـ فالفضل يطلب للمستأجر؛ لأنه لا أثر للعقد فيصير كأن الترك حصل بغير عقد بإذن صاحبه، وإن كانت الإجارة فاسدة.. فالفضل لا يطلب للمستأجر؛ لأن للعقد أثراً فيه فيتمكن فيه نوع خبث.

(ولا النحل بلا كوارات) عند أبي حنيفة وأبي يوسف، **(خلافاً لمحمد)**، وهو قول الشافعي.

وهذا؛ لأنه حيوان منتفع به حقيقة باستيفاء ما يحدث منه، وشرعاً؛ لعدم ما يمنع عنه شرعاً، وكونه غير مأكول: لا يمنعه كالبغل والحمار.. يجوز بيعهما، فيجوز بيع النحل أيضاً؛ إذا كان مجتمعاً في موضع.

ولهما: أنه من الهوام، فلا يجوز بيعه؛ كالوزغ والعقرب والزنبور والحية والضفدع والسرطان، ولا نسلم أنه منتفع به بعينه، بل الانتفاع بما يحدث منه، وذلك معدوم وقت البيع.. فلا يجوز بيعه، حتى لو باع كوارات فيها عسل بما فيها من النحل.. يجوز تبعاً له؛ على ما ذكره الكرخي في «مختصره» والقدوري في «شرحه».

وعن الكرخي: أن النحل ليس من حقوق العسل، فلا يدخل في بيعه تبعاً له؛ لأن التابع لا بد أن يكون من حقوق المتبوع، والشيء: إنما يدخل في بيع الشيء إذا كان من توابعه وحقوقه؛ كالشرب والطريق في بيع الأرض.

وأجيب عنه: بأن التبعية لا تنحصر في الحقوق؛ كالمفاتيح.. فالعسل تابع [٧٥/أ] للنحل في الوجود، والنحل تابع للعسل في المقصود بالبيع.

وقال في «المصباح»: كُوَّارَةُ النَّحْل ـ بالضَّمِّ والتَّخْفيف، والتَّثْقِيل: لُغَةٌ ـ عَسَلُهَا في الشمع، وقيل: بَيْتُها إذا كان فيه العسل. انتهى. والمراد ههنا: هُوَ الثَّاني.

وَلَا دودُ القَزِّ وبيضُه.

وَعند أَبِي يُوسُفَ: يجوزُ فِي الدُّودِ إِذا كَانَ مَعَ القَزِّ.

وَفِي البيض: عَنهُ قَولَانِ.

وَعند مُحَمَّدٍ: يجوز بيعهمَا مطلقاً، وَهُوَ المُخْتَارُ.

(**ولا دود القز وبيضه**) عند أبي حنيفة؛ لأنّه من الهوام، وبيضه مما لا ينتفع به بعينه، بل بما يحدث منه، وهو معدوم في الحال.

(**وعند أبي يوسف: يجوز في الدود إذا كان مع القز**) تبعاً للقز؛ كبيع النحل مع العسل.

وفي «المصباح»: القز معرّب، قال الليث: هو ما يعمل منه الإبريسم؛ ولهذا قال بعضهم: القز والإبريسم مثل الحنطة والدقيق. انتهى.

(**وفي البيض؛ عنه: قولان**): في قول مع أبي حنيفة في عدم الجواز، وفي قول مع محمد في الجواز.

(**وعند محمد: يجوز بيعهما مطلقاً**) أي سواء كان مع القز أو لا؛ لكونهما منتفعاً بهما في المآل؛ كالمهر والجحش، ولمكان الضرورة العادية في بيضه.

(**وهو المختار**) للفتوى على ما في «الخلاصة».

وكذا الفتوى على قول محمد أيضاً: في بيع النحل، على ما في «الذخيرة» و«الخلاصة».

وإنما خص النحل والدود من الهوام؛ لأن عدم جواز بيع ما سواهما من الهوام؛ كالحيّات والعقارب والوزغ والقنافذ والضب وغيرها.. اتفاقي.

ولا يجوز بيع شيء من حيوان البحر إلا السمك؛ كالضفدع والسرطان والسلحفاة وفرس البحر وغير ذلك؛ كذا في «فتح القدير».

وَلَا بيعُ الآبِقِ ....

ولكن ذكر في «الذخيرة»: إذا اشترى العلق.. يجوز، وبه أخذ الصدر الشهيد؛ لحاجة الناس إليه.

وفي «الخلاصة»: وهو المختار.

وفي «المصباح»: العَلَق: شيء أسود يشبه الدود، ويكون بالماء؛ فإذا شربته الدابة.. تعلق بحلقها. انتهى.

(**ولا بيع الآبق**) المطلق؛ أي الذي كان آبقاً في حق المتعاقدين؛ لما ذكره محمد في «الأصل» قال: بلغنا عن رسول الله ﷺ أنه نهى عن بيع الغرر، وعن بيع العبد الآبق؛ ولأنه غير مقدور التسليم، قيد بالآبق: احترازاً عن بيع العبد المرسل في حاجة المولى.. فإنه جائز، ولو باعه، ثم أبق قبل القبض.. فالمشتري بالخيار في فسخ ذلك العقد، ولا يكون للبائع أن يطالب المشتري بالثمن ما لم يحضر العبد.

وقيد بالبيع: احترازاً عن عتقه؛ فإنه إذا أعتق عبده الآبق حال إباقه.. يجوز؛ لأنه إسقاط لا تمليك، إلا أنه إذا أعتقه عن كفارته.. اشترط العلم بحياته.

وهل يجوز هبته وتصدقه.. ففي «قاضي خان» من كتاب الهبة: ولو وهب عبده الآبق لولده الصغير.. لا يجوز، ولو باع.. جاز. انتهى.

وقال في «الزيلعي» و«فتح القدير» و«غاية البيان» و«الكفاية»: تجوز هبة العبد الآبق لابنه الصغير أو ليتيم في حجره، بخلاف بيعه لابنه الصغير [٧٥/ب]؛ حيث لا يجوز، وعلله في «الفتح»: بأن شرط البيع: القدرة على التسليم عقيب البيع، وهو منتف، وما بقي له من اليد يصلح لقبض الهبة، ولا يصلح لقبض البيع؛ لأنه بإزاء مال مقبوض من مال الابن، وهذا قبض ليس بإزائه مال يخرج من مال الولد، فكفت تلك اليد له؛ نظراً للصغير؛ فإنه لو عاد.. على ملك الصغير، ولهذا أجزنا بيعه ممن زعم أنه في يده؛ لثبوت التسلم، والمقصود من القدرة على التسليم: ثبوت التسلم؛ فإذا كان ثابتاً.. حصل المقصود. انتهى.

قلت: عند ملاحظة هذا الوجه.. يظهر قوة ما ذكروه من جواز هبة الآبق لابنه الصغير وعدم جواز بيعه له، وضعف ما ذكره «قاضي خان»؛ فعلى ما ذكروه: لا يحتاج قوله: «ولا بيع الآبق» إلى أن يستثنى منه بيع الآبق لابنه الصغير، بل يبقى على إطلاقه.

وأما على ما ذكره «قاضي خان».. فيحتاج إلى استثنائه منه، مع أن «قاضي خان» ذكر في باب البيع الفاسد: أن بيع العبد الآبق لا يجوز، إلّا إذا باعه من في يده، ولم يستثن بيعه لابنه الصغير، هذا في جواز هبته لابنه الصغير، وهل يجوز هبته للأجنبي وولده الكبير؟

قلت: والذي ظهر من كلامهم ومما ذكره الإمامان المذكوران من التعليل المذكور.. أنه لا يجوز باتفاق كلامهم؛ لأن التسليم والقبض شرط في الهبة ولم يوجد ذلك في حق الأجنبي وولده الكبير.

وأما تصدقه.. فذكر في «البحر»: إن تصدق عبده الآبق لابنه الصغير يجوز في رواية عن أبي يوسف، ولا يجوز في رواية أخرى عنه، هذا حكم بيع العبد الآبق من يد المالك.

وأما بيع العبد الآبق من يد الغاصب.. ففيه تفصيل:

فإن باعه من غير الغاصب.. لا يجوز.

وإن باعه من الغاصب.. جاز؛ على ما صرح به في «البحر» نقلاً عن «الذخيرة»؛ حيث قال: وإذا أبق العبد المغصوب من يد الغاصب، ثم إن المالك باع ذلك العبد من الغاصب وهو آبق بعدُ.. فالبيع جائز؛ لأن الإباق: إنما يمنع جواز البيع إذا كان التسليم محتاجاً إليه؛ بأن أبق من يد المالك، ثم باعه المالك، وأما إذا لم يكن التسليم محتاجاً إليه؛ كما في مسألتنا.. فيجوز؛ لحصول التسلم فيه بلا تسليم. انتهى.

إلّا مِمَّن يزْعُمُ أَنه عِنْدهُ؛ فَإِنْ ....

فإن قيل: كيف لا يحتاج إلى التسليم والتسلم وهو غير موجود في يد الغاصب وقت البيع لإباقه؟

قلت: إن المغصوب لما صار مضموناً على الغاصب.. قام خلفه مقامه، فصار موجوداً في يده؛ لأن الفائت إلى خلف.. كلا فائت.

(**إلا ممن يزعم**)؛ أي يظن (**أنه عنده فإن**) بيعه منه جائز؛ لأن المنهي عنه: هو بيع الآبق المطلق؛ أي: ما يكون آبقاً في حق البائع والمشتري، وهذا غير آبق في حق المشتري [٧٦/أ]؛ لكونه عنده، فينفى العجز عن التسليم لحصول التسليم؛ كما لو باع العبد المغصوب من الغاصب أو من غيره وهو يقر الغصب أو ينكره، لكن للمالك بينة عادلة عليه؛ فإن بيعه منه في الصورتين جائز؛ لانتفاء العجز عن التسليم؛ لحصول التسليم.

بخلاف بيعه من الغاصب أو غيره عند إنكار الغاصب ولا بينة له.. فإنه لا يجوز؛ لعجزه عن التسليم.

وبخلاف ما لو جاء المشتري برجل معه وقال: عبدك الآبق عند هذا الرجل فبعه مني وأنا أقبضه منه، واعترف ذلك الرجل.. فإنه لا يجوز بيعه؛ لأنه آبق في حق العاقدين؛ ولأن تسليمه فعل غيره وهو لا يقدر على فعل غيره، فلا يجوز بيعه.

ثم إن كان ذلك الزاعم قبضه لنفسه حين قبضه.. يصير قابضاً له بمجرد العقد بالاتفاق، بلا حاجة له إلى قبض جديد لشرائه.

وإن كان قابضاً للرد على مالكه.. فإما أن يُشهِدَ على ذلك أو لم يشهد: فإن أشهد.. لا يصير قابضاً؛ لأنه أمانة عنده، حتى لو هلك قبل الوصول إلى المولى.. هلك من مال المولى.

وقبض الأمانة لا ينوب عن قبض المبيع أجيز عليه، وبعد القبض ليس للبائع فسخه، بخلاف الأمانة.

عَادَ قبل الفَسْخ.. لَا يَنْقَلِبُ صَحِيحاً،..........................

وأما الملك.. فإن الضمان يثبت الملك من الجانبين، بخلاف الأمانة.

وإن لم يشهد.. يجب أن يصير قابضاً له؛ لأنه قبض غصب، وهو قبض ضمان على قول أبي حنيفة ومحمد.

وعن أبي يوسف: أنه لا يصير قابضاً فيما إذا لم يأخذه لنفسه، بل أخذه للرد؛ سواء أشهد عليه أو لم يشهد.

والأصل ههنا: أنه متى تجانس القبضان.. ناب أحدهما مناب الآخر، وذلك بأن يكون كلاهما قبض أمانة أو قبض ضمان.

أما إذا اختلف.. فينوب المضمون عن غير المضمون، ولا ينوب غير المضمون عن المضمون؛ لأن المضمون أقوى من غير المضمون، والضعيف لا ينوب مناب القوي.

بيانه: أن الشيء إذا كان في يده بغصب أو مقبوضاً بعقد فاسد فاشتراه من المالك بعقد صحيح.. ينوب القبض الأول عن الثاني، حتى لو هلك قبل أن يذهب إلى بيته ويصل إليه أو يتمكن من أخذه.. فالهلاك عليه.

وكذا لو كان الشيء في يده وديعة أو عارية فوهبه منه مالكه.. لا يحتاج إلى قبض آخر، وينوب القبض الأول عن الثاني.

ولو كان في يده بالغصب أو بالعقد الفاسد فوهبه المالك منه.. لا يحتاج إلى قبض جديد، ولا ينوب القبض الأول عن الثاني؛ فإذا انتهى إلى مكان يتمكن من قبضه.. فالآن يصير قابضاً بالتخلية.

والرهن: كالعارية، كذا في «الخلاصة».

(فإن عاد) من الإباق **(قبل الفسخ)**، أي فسخ المشتري **(.. لا ينقلب صحيحاً)** في [٧٦/ب] ظاهر الرواية، وبه أخذ مشايخ بلخ؛ لأنه وقع باطلاً؛ فإن القدرة على التسليم جزء المحل ـ وهو البيع ـ وقد فات ذلك الجزء وقت العقد، فانعدم المحل،

وَقيل: يَنْقَلِبُ.

وَلَا لبنُ امْرَأَةٍ وَلَو بعدَ الحَلبِ.

فلا ينقلب صحيحاً، بل يحتاج إلى عقد جديد، فصار كما إذا باع طيراً في الهواء، ثم أخذه وسلمه في المجلس.

فإن قيل: لو كان هذا باطلاً.. لما صح عتق المشتري حال إباقه، ولما وقع عن كفارته لو علم حياته وقت الإعتاق ونواها.

قلنا: الإعتاق إتلاف وإسقاط لا يشترط فيه التسليم والقبض، فيلائم التوي بالإباق، فينعقد.

بخلاف البيع؛ فإنه إثبات الملك.. فيشترط فيه التسليم والقبض، فينافيه التوى.

وكذا الحال فيما لو وهبه المشتري لابنه الصغير أو ليتيم في حجره؛ لأن ما به من اليد كاف في الهبة دون البيع على ما ذكرناه.

(**وقيل: ينقلب**) صحيحاً ما لم يفسخ؛ وهو رواية عن أبي حنيفة، وبه أخذ الكرخي؛ لأن العقد قد انعقد لقيام المالية؛ لأن مال المولى لا يزول بالإباق حتى أبق بعد البيع.

فإذا جاز.. أجبر البائع: على التسليم، والمشتري: على القبض إن امتنعا.

وأما إذا فسخه المشتري بحكم القاضي، ثم ظهر العبد.. فإنه يحتاج إلى عقد جديد بالاتفاق.

(**ولا لبن امرأة**) حرة أو أمة في ظاهر الرواية.

(**ولو**) وصلية (**بعد الحلب**)، خلافاً للشافعي؛ فإنه يقول: يجوز بيعه من حرّة أو من أمة، ويضمن بالإتلاف؛ لأنه مشروب طاهر، فصار كسائر المائعات الطاهرات.

وعن أبي يوسف: يجوز بيعه بعد الحلب في إناء.

وجه الظاهر: أنه جزء الآدمي، وهو مكرم بجميع أجزائه، مصون عن الابتذال بالبيع، ولأن جزء الآدمي ليس بمال، والبيع يرد على المال، وكونه مشروباً ضروري

وَعند أَبِي يُوسُفَ: يَصحُّ فِي لبْنِ الأمةِ.

وَلَا شعرُ الخِنْزِيرِ، وَلَكِن يُبَاحُ الانتفاعُ بِهِ للخرز ضَرُورَةً.

لأجل الأطفال، حتى لو استغنى عنه.. لا يجوز، فلا يتعدى موضعه.

ولا يضمن بالإتلاف كما يضمن سائر أجزائه؛ لأن الضمان دائر على الانتقاض بالإتلاف لا على مجرد الإتلاف، ولا انتقاض في شيء من أجزائها بإتلاف اللبن.. فلا ضمان.

ومن هنا قالوا: إنه لو جرح محلاً من بدن آدمي واتصل البرء بالجرح.. سقط الضمان.

وكذا لو نبت السن الساقط.. سقط الضمان؛ لعدم النقصان.

(**وعند أبي يوسف: يصح**) البيع (**في لبن الأمة**)، أي: إذا كان في وعاء؛ لأنه يجوز أن يرد البيع على نفسها، فيجوز على جزئها أيضاً اعتباراً للجزء بالكل.

قلنا: إن البيع إنما يرد على ما حلّ فيه الرق وقد حل بنفسها، فجاز بيعها، بخلاف لبنها؛ فإنه لا رق فيه؛ لأن الرق يختص بمحل العتق؛ لأنه ضعف حكمي، فيختص بمحل القوة؛ التي هي ضده وهي الحي؛ لأن الضدين يتعاقبان في موضع واحد، ولا حياة في اللبن.. فلا يرد عليه الرق ولا العتق؛ لانتفاء الموضع [٧٧/أ].

(**ولا شعر الخنزير**)؛ لأنه ليس بمال؛ لنجاسة عينه على ما عليه الإجماع؛ ولأنه مهان شرعاً مبتذل.. فلا يكون مجازاً شرعاً؛ لأنه قلب الموضوع، بخلاف الدهن النجس.. فإن بيعه يجوز؛ لأن نجاسته ليست لعينه، بل لمخالطته النجس، فيجوز بيعه.

(**ولكن يباح الانتفاع به**) للأساكفة (**للخرز ضرورة**)؛ لأن غيره لا يعمل عمله؛ لأن خرز النعال والأخفاف لا يتأتى إلا به.

وعن أبي يوسف: إنه يكره؛ لأن الخرز يتأتى بغيره أيضاً.

والأول: ظاهر الرواية، ثم الحاجة إلى بيعه؛ لأنه يوجد مباح الأصل.

وَيُفْسدُ المَاءَ القَلِيلَ عِنْد أَبِي يُوسُفَ، لَا عِنْد مُحَمَّدٍ.

وَلَا بيعُ شعرِ الآدَمِيّ، ....

وقيل: إذا كان لا يوجد إلا بالبيع.. يجوز بيعه، لكن الثمن لا يطلب للبائع.

وقال أبو الليث: إن كانت الأساكفة لا يجدون شعر الخنزير إلا بالشراء.. ينبغي أن يجوز لهم الشراء؛ لأن ذلك حالة الضرورة.

وأما البيع.. فيكره؛ لعدم الحاجة إليه.

وفي «الزيلعي»: لا بأس للأساكفة أن يصلوا مع شعر الخنزير، وإن كان أكثر من قدر الدرهم؛ للضرورة.

وقال في «فتح القدير»: ينبغي أن يخرج هذا على القول بطهارته في حق الأساكفة، وأما على قول أبي يوسف.. فلا، وهو الوجه؛ فإن الضرورة لم تدعهم إلى أن يعلق بهم بحيث لا يقدرون على الامتناع عنه ويجتمع في ثيابهم هذا المقدار. انتهى.

يعني: أن الوجه في جواز بيعه للأساكفة: هو القول بطهارته؛ على ما روي عن محمد، لا الضرورة.

(**ويفسد الماء القليل عند أبي يوسف**)؛ لأن إطلاق الانتفاع به كان للضرورة، ولا ضرورة إلا في حالة الاستعمال، وحالة الوقوع في الماء غير حالة الاستعمال.

(**لا عند محمد**) لأن إطلاق الانتفاع به دليل طهارته، ووقوع الطاهر في الماء لا ينجسه.

قيل: هذا الخلاف فيما إذا كان منتوفاً، وأما إذا كان مجذوذاً.. فطاهر بالاتفاق؛ على ما في «العناية» نقلاً عن «التمرتاشي» و«قاضي خان».

وقال قاضي خان في أول «فتاواه»: شعر الخنزير إذا وقع في الماء.. يفسده؛ لأنه نجس العين. انتهى. وإطلاقه هذا: يخالف ما نقله صاحب «العناية» عنه.

(**ولا بيع شعر الآدمي**) أي: باطل على ما صرح به في «قاضي خان».

وَلَا الِانْتِفَاعُ بِهِ، وَلَا بِشَيْءٍ من أَجْزَائِهِ.

(**ولا الانتفاع به، ولا بشيء من أجزائه**)؛ لأنه مكرّم بجميع أجزائه، وفي بيع ما هو مكرم والانتفاع به: ابتذال وإهانة له، وقد صح عن النّبي ﷺ على ما رواه في «الصحيحين» أنه قال: «لعن الله الواصلة والمستوصلة، والواشمة والمستوشمة».

والواصلة: هي التي تصل الشعر بشعر النساء.

والمستوصلة: هي التي يوصل لها ذلك بطلبها ورضاها.

وهذا اللعن للانتفاع بما لا يحل الانتفاع به؛ لما فيه من إهانة المكرم، لا لتكثير الشعر؛ كيف وقد رخص في اتخاذ القراميل من الوبر ليزيد في قرون النساء ويكثرها، ولا تمنع القراميل[٧٧/ب]؛ لأنها زينة، ولا شك أن الزينة حلال، فلولا لزوم الإهانة بالاستعمال.. يحل وصلها؛ كذا في «فتح القدير».

فإن قيل: لا شك أنّ وصل شعر غير المستوصلة حرام، وهل يحرم وصل شعر المستوصلة أيضاً وهو شعر نفسها؟

قلت: والذي ظهر من تعليلهم اللعن بالانتفاع بما لا يحل الانتفاع به: حرمته أيضاً؛ لأنه بعد الانفصال من بدنها لا يحل الانتفاع به لا لنفسها ولا لغيرها؛ للاشتراك في العلة؛ أعني ابتذال المكرم، ويؤيد ما قلنا: عبارة «المختار» قال: ووصل الشعر بشعر الآدمي حرام؛ سواء كان شعرها أو شعر غيرها؛ فإن الظاهر: أن الضمير في شعرها أن يرجع إلى المستوصلة.

وروي عن محمد: أنه يجوز الانتفاع بشعور الإنسان؛ لما روي أن النبي ﷺ حين حلق رأسه.. قسم شعره بين أصحابه، فكانوا يتبركون به، فلا يكون نجساً.

قلنا: عدم الانتفاع به ليس لنجاسته حتى يصح الاستدلال بذلك، بل لكونه مكرماً، وإهانة المكرم لا تجوز، وما رواه: مختص بالنّبي ﷺ، سيما أن الأخذ به بالتبرك ليس باستعمال له، بل تعظيم.

وَلَا بيعُ جُلُودِ الميتَةِ قبلَ الدّباغِ، وَيجوزُ بعدَه، وَينْتَفُع بِهِ، وَيُبَاعُ عظمُها وَينْتَفعُ بِهِ، وَكَذَا عَصَبُها، ....

والواشمة: هي التي تشم في الوجه والذراع، وهو: أن تغرز الجلد بإبرة، ثم تحشى بكحل أو نحوه.

والمستوشمة: هي التي يفعل بها ذلك بطلبها.

وقد ذكرنا في باب الأنجاس: أن موضع الوشم نجس تجب إزالته إن أمكن، ولا تجوز إمامته إن جاوز قدر الدرهم؛ لأن الدم المنعقد فيه نجس، وإنما جازت صلاته للضرورة، ولا ضرورة في إمامته.

(**ولا بيع جلود الميتة قبل الدباغ**)؛ لقوله ﷺ: «لا تنتفعوا من الميتة بإهاب» رواه أبو داود.

والإهاب: اسم لجلد غير مدبوغ على ما روي عن الخليل، ولأنها غير منتفع بها لنجاستها قبل الدباغ باتصال الدسومات الرطبة النجسة خلقة، بخلاف الثوب النجس باتصال النجاسة.. فإنها ليست بخلقية، فيجوز بيعه.

فإن قيل: النهي عن الانتفاع يقتضي المشروعية على ما في الأصول، فلم لا يجوز بيعها؟

قلنا: إن هذا نهي عن الأفعال الحسية، فيكون قبيحاً لعينه، فلا يكون مشروعاً.

فإن قيل: فعلى هذا: ينبغي أن يكون البيع بها باطلاً لا فاسداً، فهل هو كذلك؟

قلنا: نعم؛ على ما ذهب إليه البزدوي وقاضي خان؛ حيث قال: بيع جلود الميتات باطل؛ إذا لم تكن مدبوغة.

لكن قال صاحب «المحيط»: إنها قبل الدبغ مثل الخمر؛ لكونها مرغوباً فيها بين الناس.. فعلى هذا: ينبغي أن يكون بيعها فاسداً.

(**ويجوز**) بيعها (**بعده**) أي بعد الدبغ.

(**وينتفع به**)؛ لأنه طهر بالدباغ، (**ويباع عظمها، و**)كذا (**ينتفع به، وكذا عصبها**

وقَرْنُها، وصوفُها، وشعرُها ووبرُها.

وَكَذَا عظمُ الفِيلِ.

خلافاً لمُحَمدٍ.

وَلَا يجوز بيعُ عُلُوٍّ سقطَ.

وقرنها وصوفها وشعرها ووبرها)؛ لأنها طاهرة؛ لعدم [٧٨/أ] حلول الموت فيها.

ولحوم السباع وشحومها بعد الذكاة.. كجلود الميتة بعد الدباغ، حتى يجوز الانتفاع بها غير الأكل.

(**وكذا**) أي: يباع وينتفع به (**عظم الفيل**) عند أبي حنيفة وأبي يوسف؛ لأنه كسائر السباع عندهما من الكلب وغيره؛ لكونه مما ينتفع به بالركوب والحمل.. فلا يكون نجس العين، ولكن قالوا: إنما يجوز بيع عظمه إذا لم يكن عليه دسومة.

وأما إذا كانت.. فلا يجوز بيعه؛ للنجاسة، كذا في «العناية».

وفي «شرح مختصر الكرخي»: يجوز بيع القرد عند أبي حنيفة في رواية الحسن، وفي «المحيط»: وهو المختار.

وقال في «قاضي خان»: وبيع الفيل جائز، وفي القرد روايتان عن أبي حنيفة، وروي عن أبي يوسف: بيع القرد باطل.

(**خلافاً لمحمد**)؛ لأنه نجس العين عنده كالخنزير؛ اعتباراً به في حرمة اللحم وغيرها، حتى قال: لا تقع عليه الزكاة، ولا يطهر جلده بالدباغ.

(**ولا يجوز بيع علو**) ـ بالضم والكسر ـ خلاف السفل (**سقط**) وحده أو مع السفل، وذلك؛ لعدم المالية؛ لأن حق التعلي ليس بمال؛ لعدم إمكان إحرازه، وإنما جاز بيعه قبل الانعدام باعتبار البناء القائم؛ فلو باعه وسقط قبل القبض.. يبطل البيع؛ كهلاك المبيع قبل القبض؛ فإن المبيع إذا هلك قبل القبض.. يبطل البيع؛ سواء هلك بآفة سماوية أو بفعل البائع أو بفعل المبيع؛ على ما صرح به في «الخلاصة» و«البزازية» وغيرهما من الفتاوى.

أمّا إذا هلك بآفة سماوية أو بفعل المبيع.. فظاهر، وكذلك إذا كان بفعل البائع؛ لأن المبيع في يده مضمون بالثمن قبل القبض؛ بدلالة أنه لو هلك.. سقط ثمنه عن المشتري، ولا يجوز أن يكون مضموناً بالقيمة؛ لأن الشيء الواحد لا يتوالى عليه ضمانان: ضمان القيمة وضمان الثمن، ويستوي في ذلك: كون البيع باتاً أو بشرط الخيار للمشتري أو للبائع.

وأما إذا هلك بفعل المشتري.. فلا يبطل البيع، وعليه ثمنه إن كان البيع مطلقاً أو بشرط الخيار للمشتري.

وإن كان البيع بشرط الخيار للبائع أو كان البيع فاسداً.. لزمه ضمان مثله: إن كان مثلياً، وقيمته: إن كان قيمياً.

وأما: إذا هلك بفعل الأجنبي.. فالمشتري بالخيار؛ إن شاء.. فسخ البيع وعاد المبيع إلى ملك البائع، ويضمن الجاني المثل في المثلي والقيمة في القيمي، ثم ينظر: إن كان الضمان من جنس الثمن وفيه فضل على الثمن.. لا يطيب له الفضل، وإن كان من خلاف جنس الثمن.. يطيب له.

وإن اختار المشتري البيع دون الفسخ.. فعليه الثمن للبائع، وله اتباع الجاني بالضمان.

ثم إن كان الضمان من جنس الثمن.. لا يطيب له الفضل وإن كان من خلاف جنسه؛ حيث [٧٨/ب] طاب له الفضل.

ثم اختياره اتباع الجاني بالضمان.. بمنزلة القبض عند أبي يوسف، حتى لو نوى على الجاني: نوى على المشتري، ولو أخذ المشتري من الجاني مكانه شيئاً آخر.. جاز له ذلك عنده.

وعند محمد: ليس بمنزلة القبض، حتى لو نوى على الجاني: نوى على البائع، وليس للمشتري أن يأخذ مكانه شيئاً آخر من الجاني.

هذا حكم هلاك الكل.

ولو هلك البعض قبل القبض:

إن هلك بفعل البائع.. طرح عن المشتري حصة النقصان من الثمن؛ سواء كان ذلك النقصان نقصان قدر أو نقصان وصف، و المشتري بالخيار في الباقي؛ إن شاء.. أخذ بحصته من الثمن، وإن شاء.. ترك.

وإن هلك بفعل الأجنبي.. فكما ذكرنا من قبل.

وإن هلك بآفة سماوية؛ إن كان نقصان قدر.. يطرح عن المشتري حصة ما فات من الثمن، وله الخيار في الباقي:

إن شاء.. أخذ بحصته من الثمن، وإن شاء.. تركه.

وإن كان نقصان وصف.. لا يطرح عن المشتري شيئاً من الثمن، لكن له الخيار:

إن شاء.. أخذ بجميع الثمن، وإن شاء.. ترك.

والوصف: ما يدخل تحت البيع بغير ذكر؛ كالأشجار والبناء في الأرض، والأطراف في الحيوان، والجودة في الكيلي والوزني.

وإن هلك بفعل المبيع.. فكما ذكرنا من قبل.

و: إن هلك بفعل المشتري.. يصير قابضاً قدر ما استهلكه، والباقي بالتعيب، حتى لو هلك الباقي في يد البائع قبل الحبس.. هلك على المشتري.

و: لو هلك بعد الحبس.. هلك على البائع، هذا حكم الهلاك قبل القبض.

و: لو هلك الكل بعد القبض.. فالهلاك على المشتري.

إلّا إذا هلك بفعل البائع، والمشتري قبضه بغير إذن البائع، والثمن حال غير منقود.. صار البائع مسترداً، وبطل البيع، وسقط الثمن عن المشتري.

ولو هلك البعض بعد القبض.. فالهلاك على المشتري أيضاً.

إلا إذا هلك بفعل البائع.. فحينئذٍ ينظر: إن لم يكن للمشتري حق الاسترداد.. فهو كالاستهلاك بفعل الأجنبي.

وإن كان له حق الاسترداد.. انفسخ البيع في قدر ما استهلكه البائع، وسقط عن المشتري حصته من الثمن، ولا يكون مسترداً للباقي حتى لو هلك الباقي في يد المشتري.. لزمه حصة الباقي من الثمن، إلّا إذا هلك الباقي من سراية جناية البائع.. فحينئذٍ يكون مسترداً بذلك، وسقط عن المشتري جميع الثمن.

هذا توضيح المسألة بما لا يزيد عليه.

واعترض عليها نقضاً بمسألة بيع الشرب.. فإنه ليس بمال كحق التعلي، بل هو حق الأرض، مع أنه يجوز بيعه تبعاً: للأرض باتفاق الروايات، ومنفرداً: في رواية، واختاره مشايخ بلخ.

أجيب عنه: [٧٩/أ] بأنه مال؛ لأنه نصيب من الماء، حتى يجب الضمان بالإتلاف؛ فإنه لو سقى أرض نفسه بماء غيره.. يضمنه؛ ولأن له حظاً من الثمن.

حتى لو ادعى رجل بشراء أرض بشربها بألف، فشهد شاهد بذلك، وسكت الآخر عن الشرب.. بطلت شهادتهما؛ لاختلافهما في ثمن الأرض، وإنما لم يجز بيع الشرب وحده في ظاهر الرواية؛ لجهالته، لا لعدم كونه مالاً؛ كذا في «الهداية» و«العناية» و«الزيلعي».

ولكن قال في «فتح القدير»: بيع الشرب يجوز تبعاً للأرض باتفاق الروايات؛ فيما إذاكان الشرب شرب تلك الأرض.

وأما إذا باع أرضاً مع شرب أرض آخر.. ففي صحته اختلاف المشايخ، والصحيح: أنه لا يجوز منفرداً؛ كبيع الشرب يوماً أو يومين حتى تزداد نوبته، وجوزه مشايخ بلخ؛ كأبي بكر الإسكاف ومحمد بن سلمة؛ لأن أهل بلخ تعاملوا: ذلك

وَلَا المسيلُ وَلَا هِبته، وصَحّا فِي الطَّرِيقِ.

لحاجتهم إليه، والقياس يترك بالتعامل؛ كما جوز السلم للضرورة، والاستصناع للتعامل.

ثم قال: إن وجوب الضمان بالإتلاف في الشرب هو رواية البزدوي، وأما على رواية شيخ الإسلام.. لا يضمن.

(ولا) بيع (المسيل، ولا هبته، وصحّا) أي البيع والهبة (في الطريق).

اعلم: أن بيع رقبة الطريق وهبتها جائزة؛ لكونها معلومة بطولها وعرضها، سواء كان بيّن ذلك أو لم يبين.

أما إذا بيّن.. فظاهر.

وأما إذا لم يبين.. فيقدر بقدر باب الدار العظمى.

وأما بيع رقبة المسيل من حيث هو مسيل وهبتها.. فلا يجوز؛ لجهالة قدر ما يشغله الماء، إلّا إذا بين طولها وعرضها؛ فإنه حينئذ يجوز؛ لكونها معلومة؛ على ما ذكره قاضي خان.

وأما من حيث إنه نهر.. فجائز بيعه مطلقاً؛ لكونه أرضاً مملوكة؛ على ما ذكره الإمام السرخسي، ولذا قيدناه بقيد الحيثية؛ احترازاً عنه.

وأما بيع حق الطريق وهو المرور والتطرق.. ففيه روايتان: في رواية ابن سماعة: إنه يجوز؛ لكونه معلوماً لتعلقه بمحل معلوم بالبيان أو بالتقدير بباب الدار العظمى، ويدل على هذه الرواية: ما ذكره في «الشامل»: دار بين رجلين فيها طريق لرجل آخر.. ليس له منعهما من القسمة، ويترك الطريق مقدار باب الدار العظمى؛ لأنه لا حق له في غير الطريق؛ فإن باعوا الدار والطريق برضاهم.. يضرب صاحب الأصل بثلثي ثمن الطريق وصاحب الممر بثلث الثمن؛ لأن صاحب الدار اثنان، وصاحب الممر واحد، وقسمة الطريق تكون على عدد الرؤوس؛ لأن صاحب القليل يساوي صاحب الكثير في الانتفاع. انتهى.

وَلَا بيعُ شخصٍ على أنَّه أمةٌ.. فَإِذا هُوَ عبدٌ.

فقد جعل لحق المرور قسطاً من الثمن، فدلّ ذلك على جواز بيعه.

وفي رواية «الزيادات»: إنه لا يجوز بيعه [٧٩/ب]، وصححه الفقيه أبو الليث في «شرحه للجامع الصغير»، معللاً بأن بيع الحقوق بانفرادها لا يجوز؛ كبيع حق التعلي.

وأما بيع حق المسيل.. فلا يجوز مطلقاً؛ لأنه إن كان على السطح.. فهو نظير حق التعلي، فلا يجوز باتفاق الروايات؛ كما في حق التعلي؛ لعدم كونه مالاً كما مر، ولا يتعلق أيضاً بمال، وإن كان على وجه الأرض.. فلا يجوز أيضاً؛ لجهالته لأن قدر ما يشغله الماء ليس بمعلوم.

إذا عرفت هذا.. فمراد المصنف:

إن كان رقبة المسيل ورقبة الطريق.. فالفرق بينهما حيث جاز بيع أحدهما دون الآخر بالعلم والجهل على ما ذكرناه.

وإن كان حقهما.. فعلى رواية «الزيادات»: لا فرق بينهما؛ لشمول العدم.

وفي رواية ابن سماعة: الفرق بينهما بالعلم والجهل أيضاً كما ترى، لكن مراده: رقبتهما كما ترى.

ثم الفرق بين حق التعلي وحق المرور على رواية ابن سماعة ـ حيث: جاز بيع حق المرور دون حق التعلي ـ: أن حق التعلي يتعلق بعين لا يبقى على ما مر، فأشبه المنافع، فلا يرد عليها البيع، وأما حق المرور.. فيتعلق بعين يبقى وهو الأرض، فأشبه الأعيان، فيرد عليها البيع.

فإن قيل: لا يجوز بيع السكنى وحدها، مع أنها حق يتعلق بعين تبقى وهو الدار.

أجيب عنه: بأنه ممنوع، بل يتعلق بالبناء أيضاً.

(ولا بيع شخص على أنه أمة؛ فإذا هو عبد).

صورة المسألة في «الجامع الصغير» هكذا: محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في الرجل يبيع هذه على أنها جارية؛ فإذا هو غلام.. قال: لا بيع بينهما. انتهى.

والأصل ههنا: ما ذكره صاحب «الإيضاح» وغيره ـ وقد ذكرناه في باب المهر، وهو: أصل يجري في العقود كلها؛ من النكاح والإجارة والصلح والخلع والعتق على مال والبيع ـ: **أن التسمية والإشارة إذا وردا في شيء**؛ فإن كان المشار إليه مع المسمى جنسين مختلفين.. كانت العبرة للتسمية دون الإشارة؛ لأن التسمية أبلغ في التعريف من الإشارة:

لأن الإشارة: تعرِّف الذات الحاضرة؛ فإنه إذا قال: هذا.. صار الذات متعيناً في الخارج.

والتسمية: تعرِّف الحقيقة المندرجة فيها تلك الذات وغيرها.

ونحن في مقام التعريف: نأخذ ما يكون أبلغ في التعريف؛ وهو التسمية.. فيتعلق الحكم بالمسمى دون المشار إليه.

وإن كان المشار إليه من جنس المسمى.. فالعبرة للإشارة؛ لأن ما يسمى: وجد في المشار إليه، فصار حق التسمية مفضياً بالمشار إليه.

إذا ثبت هذا.. فنقول: إذا وقع البيع على جنس فأصيب المبيع غير ذلك الجنس.. كان البيع باطلاً؛ لعدم المبيع؛ كما إذا باع فصّاً على أنه ياقوت.. فإذا هو زجاج، أو باع ثوباً على أنه خز.. فإذا هو مرعزي: فالبيع باطل؛ لعدم المبيع، وهو: المسمى بياقوت، وخز؛ على ما صرّح به الكرخي [١/٨٠] في «مختصره».

وإن أصيب المبيع من ذلك الجنس إلا أنه يخالفه في الصفة؛ فإن كان التفاوت بين الصفتين فاحشاً.. كان حكمهما كحكم الجنسين المختلفين، فيكون البيع باطلاً أيضاً؛ كما إذا باع شخصاً على أنه أمة؛ فإذا هو غلام، أو بالعكس.

وقيل: إنه فاسد لا باطل.

والأول: أصح من حيث الرواية؛ لأن محمداً قال في «الجامع الصغير»: لا بيع بينهما على ما ذكرناه آنفاً، وهذا اللفظ ظاهر في البطلان.

ولأن الكرخي صرح في «مختصره»: أن اختلاف الصفة إذا أوجب اختلافاً فاحشاً.. كان ذلك بمنزلة الاختلاف في الجنس.

ثم اختلاف الجنس يوجب البطلان؛ كما إذا باع فصّاً على أنه ياقوت؛ فإذا هو زجاج، فكذا اختلاف الصفة اختلافاً فاحشاً؛ كما في الأمة والغلام.

وإن لم يكن التفاوت بين الصفتين فاحشاً، بل قليلاً.. تعتبر الإشارة، فينعقد البيع لوروده على مبيع قائم؛ وهو المشار إليه، إلا أنه لما ذكر فيه وصفاً مرغوباً فيه، ثم لم يجده.. ثبت له الخيار؛ كما: إذا باع على أنه كبش؛ فإذا هو نعجة، أو بالعكس.

وقال زفر: البيع جائز فيما إذا أصيب المبيع من ذلك الجنس؛ سواء كان يخالفه في الصفة اختلافاً فاحشاً أو لا؛ لأن الذكورة والأنوثة وصفان لا يتبدل بهما معنى الذات؛ كما إذا باع على أنه كبش فإذا هو نعجة.

قلنا: الأغراض تتفاوت في بني آدم؛ بالأنوثة والذكورة تفاوتاً فاحشاً.. فاعتبرا جنسين مختلفين؛ لاختلاف المقصود وذلك؛ لأن الأنثى: تصلح لخدمة داخل البيت؛ من الكنس والاستفراش وغيرهما، والمذكر: يصلح لخدمة خارج البيت؛ من الزراعة والتجارة وغيرهما، فلما جعل الجنس مختلفاً باختلاف المقصود.. تعلق الحكم بالمسمى، وهو معدوم، وبيع المعدوم باطل.

بخلاف سائر الحيوان؛ فإن الغرض من الحيوانات: الأكل والركوب والحمل، والذكر والأنثى في ذلك سواء.. فلا يتفاوت تفاوتاً فاحشاً فاعتبر.. الذكر والأنثى منهما جنساً واحداً، وفي الجنس الواحد: يتعلق العقد بالمشار إليه لا بالمسمى؛ لوجود المسمى في المشار إليه، والمشار إليه موجود، فيجوز البيع.

والحاصل: أن العبرة في كونهما جنسين: تفاوتهما تفاوتاً فاحشاً في الصفة، سواء اتحد ذاتهما؛ كما في الأمة والغلام، أو اختلف ذاتهما أيضاً؛ كما في الياقوت والزجاج.

والعبرة في كونهما جنساً واحداً: عدم التفاوت الفاحش في الصفة؛ كما في الكبش والنعجة.

ثم: عند اختلاف الجنس.. يتعلق البيع إلى المسمى لا المشار إليه؛ فإن كان المسمى موجوداً.. صح، وإلا.. بطل.

وعند اتحاد الجنس.. يتعلق البيع إلى المشار إليه لا المسمى؛ [٨٠/ب] لحصول المسمى في المشار إليه؛ فإن كان المشار إليه موجوداً.. صح، وإلا.. بطل.

ومن هنا قالوا: الحديد والنحاس والرصاص والصفر.. أجناس مختلفة.

والثوب الهروي والمروي: جنسان مختلفان.

وكذا الزندنجي مع الوداري: جنسان مختلفان.

وكذا المأخوذ من الكتان مع المتخذ من القطن: جنسان.

وثمار النخيل: كلها جنس واحد وإن اختلفت أنواعها.

وكذا ثمرة كل نوع من الشجر: جنس واحد؛ كالعنب، والكمثرى، حتى لم يجز بيع نوع من العنب بنوع آخر متفاضلاً، وكذا: التفاح والكمثرى.

ويجوز بيع التفاح والكمثرى متفاضلاً.

والخل مع العصير: جنسان مختلفان.

وكذا مع الخمر والعنب والتفاح.

وكذا مع الكمثرى: جنسان.

والبقر مع الجواميس: جنس واحد.

وَلَو بَاعَ كَبْشاً فَإِذا هُوَ نعجةٌ.. صَحَّ، وَيُخَيَّر.

والغنم ضأنها ومعزها: جنس واحد... إلى غير ذلك.

والأصل في كلها: فحش التفاوت في الأغراض، وعدم فحشه فيها.

(**ولو باع كبشاً**) وهو ذكر الغنم؛ (**فإذا هو نعجة**) وهي أنثى الغنم (.. **صح**) البيع، (**ويخير**) المشتري في القبول؛ إن شاء.. أخذه بجميع الثمن، وإن شاء.. ترك.

وكذا لو اشترى شاة على أنها نعجة ؛ فإذا هي معز.. جاز البيع ويخير المشتري؛ لأنهما جنس واحد، ولهذا يكمل نصاب أحدهما بالآخر في الزكاة. كذا في «قاضي خان».

ولو اشترى جارية على أنها جركسية.. فإذا هي كورجية.. فهو مخير في الرد والقبول.

وجه الصحة: أن المبيع ـ وهو المشار إليه ـ موجود؛ لما ذكرناه: أن العبرة عند اتحاد الجنس إلى الإشارة لا التسمية، والعقد يتعلق بالمشار إليه لا المسمى، والمشار إليه ههنا موجود، والمقتضى ـ وهو العقد ـ: قائم، والمانع ـ وهو كون المبيع معدوماً ـ: مرتفع.

ووجه التخيير: فوات الوصف المرغوب؛ فهي كما إذا اشترى عبداً على أنه خباز؛ فإذا هو كاتب.. صح البيع، وله الخيار؛ لفوات الوصف المرغوب فيه.

ثم اختلفوا في ثبوت الخيار للمشتري في أمثال هذه المواضع:

فرقة؛ منهم صاحب «الهداية» و«المحيط»: لم يفرقوا بين كون الصفة التي ظهرت خيراً من الصفة التي عينت أولاً، حين العقد أو لا، في ثبوت الخيار له.

وفرقة أخرى؛ منهم فخر الإسلام، وصدر الشهيد أخو فخر الإسلام، وظهير الدين: ذهبوا إلى أن الخيار إنما يثبت إذا كانت الصفة التي ظهرت أنقص من التي عينت أولاً.

وأما إذا كانت خيراً منها.. فلا خيار له.

وَلَا شِرَاءُ مَا بَاعَ بِأَقَلَّ مِمَّا بَاعَ قبلَ نَقْدِ الثّمنِ.

ورجح القول الأول: بأن غرض المشتري حصول حاجته، لا كون الموجود أنقص أو أزيد.

ورجح الثاني؛ بأنه لو اشترى عبداً على أنه كافر؛ فإذا هو مسلم.. لا خيار له؛ لكونه خيراً من المشروط، وفي عكسه.. مخير؛ لفوات الوصف المرغوب فيه.

(ولا شراء ما باع بأقل) الجار: متعلق بشراء [٨١/أ] **(مما باع)** الجار: متعلق بأقل، والموصول: عبارة عن الثمن **(قبل نقد الثمن)** كله من المشتري؛ كما في «السراج الوهاج»، وسياتي ذكره.

صورته: باع شيئاً بثمن معين وقبضه المشتري ولم يقبض البائع الثمن، فاشتراه من ذلك المشتري بأقل من الثمن الأول.. لا يجوز ذلك.

وقال الشافعي: يجوز، وهو القياس؛ لأن الملك فيه قد تمّ بالقبض، فيجوز بيعه بأي قدر كان من الثمن؛ كما إذا باعه من غير البائع، أو منه بمثل الثمن الأول، أو بأكثر، أو بعَرَض، أو بأقل بعد نقد الثمن.

واحتج أصحابنا: بالنقل والعقل:

أما النقل: فما رواه محمد عن أبي حنيفة عن عائشة أن امرأة سألتها فقالت: إني اشتريت من زيد بن أرقم جارية بثمان مائة درهم إلى العطاء، ثم بعتها منه بستمائة درهم قبل حلول الأجل، فقالت عائشة: بئسما شريت وبئسما اشتريت، أبلغي زيد بن أرقم: أن الله أبطل حجه وجهاده مع رسول الله ﷺ إن لم يتب.

فهذا الوعيد: يدل على الفساد.

فإن قيل: يجوز إنكار عائشة ذلك؛ لجهالة الأجل أعني إلى العطاء.

أجيب: بأن عائشة كانت ترى جواز الأجل إلى العطاء، وهو قول علي وابن أبي ليلى؛ على ما ذكره في «الأسرار»، فلا معنى لإنكارها لذلك.

وأما العقل: فلأن الثمن الأول لم يدخل في ضمان البائع قبل القبض؛ فإذا عاد إليه عين ماله الذي خرج عن ملكه وصار بعض الثمن قصاصاً.. بقي له عليه فضل بلا عوض، فكان ذلك ربح ما لم يضمن، وهو حرام بالنص؛ لأنه ربا.

بخلاف ما إذا باع المشتري من غير البائع؛ إذ لم يحصل للبائع فيه شيء من الربح.

وبخلاف ما إذا باع من البائع بمثل الثمن الأول؛ لعدم الفضل فيه.

وبخلاف ما إذا باع من البائع بأكثر من الثمن الأول؛ فإن الربح هناك يحصل للمشتري لا للبائع، والمبيع قد دخل في ضمان المشتري بقبضه.. فيكون الفضل ربح ما يضمن.

وبخلاف ما إذا باعه منه بالعرض؛ لأن الفضل إنما يظهر عند المجانسة.

وبخلاف ما إذا باع منه بعد نقد الثمن الأول بأقل منه؛ لأنه: ربح ما هو مضمون؛ لأن الثمن دخل في ضمان البائع بقبضه.

وبخلاف ما إذا تعيب المبيع عند المشتري، ثم اشتراه البائع بأقل من الثمن الأول؛ لأن النقصان يجعل في مقابلة الجزء الفائت الذي احتبس عند المشتري.. فلا يلزم الربا.

واعلم: أن الشراء في قوله: «وشراء ما باع».. أعم من شراء البائع نفسه، ومن شراء من لا تجوز شهادته له؛ كولده وإن سفل ووالده وإن علا وعبده ومكاتبه.. فإن شراء هؤلاء كشراء البائع نفسه، حتى لا يجوز شراء هؤلاء بأقل [٨١/ب] من الثمن الأول.

إلا أن أبا يوسف ومحمد: قالا: إنه يجوز في غير العبد والمكاتب؛ لأن الأملاك متباينة، بخلاف المملوك؛ لأن كسبه لسيده، وله في كسب مكاتبه حق الملك، فكان تصرفه كتصرفه.

ولأبي حنيفة: أن شراء هؤلاء.. كشراء البائع لنفسه؛ لاتصال منافع المال بينهم، وهو نظير الوكيل في البيع إذا عقد مع هؤلاء؛ حيث لا يجوز مع تردد شهادته له.

وكذا: لا يجوز شراء ما باع وكيله بالبيع بأقل مما باع وكيله؛ لأن بيع وكيله كبيع نفسه.

وكذا: لا يجوز شراء وكيله بالبيع بأقل مما باعه، وذلك: بأن وكل رجلاً ببيع عبده بألف مثلاً، فباعه وكيله، ثم أراد الوكيل أن يشتري ذلك العبد بأقل مما باع لنفسه، أو لغيره بأمره قبل نقد الثمن.. لم يجز ذلك.

أما شراؤه لنفسه: فلأن الوكيل بالبيع بائع لنفسه في حق الحقوق، فكان هذا كشراء البائع من وجه، والثابت من وجه: كالثابت من كل وجه في باب الحرمات.

وأما لغيره: فلأن شراء المأمور واقع له من حيث الحقوق، فكان هذا شراء ما باع بأقل لنفسه من وجه.

وكذا: لا يجوز شراؤه من وكيل مشتريه بالبيع بأقل مما باع من مشتريه؛ لأن شراءه من وكيل مشتريه كشرائه من مشتريه لنفسه.

وكذا: لا يجوز لو اشترى من وارث مشتريه بأقل مما اشترى به المورث، قبل نقد الثمن؛ لقيام الوارث مقام المورث، فكان شراء ما باع بأقل.

بخلاف: ما إذا اشترى وارث البائع بأقل مما باع به مورثه.. فإنه يجوز.

وعن أبي يوسف: أنه لا يجوز؛ كالفصل الأول، ووجه الفرق على ظاهر الرواية: أن الوارث يقوم مقام المورث فيما يرث، لا فيما لا يرث، ووارث البائع لم يقم مقام البائع في هذا الشراء؛ لأنه يملك الشراء لنفسه في حال حياة مورثه، فكان كالأجنبي في ذلك.

وأما وارث المشتري.. فقام مقام المشتري في هذا البيع؛ لأن ولاية البيع له من أحكام المورث؛ لأنه ما كان يملك البيع لنفسه حال حياة مورثه؛ لأنه ملك مورثه،

فلما قام وارث المشتري مقامه في بيع هذا العين بحكم الإرث.. صار بيع الوارث وبيع المورث سواء، فكما لا يجوز بيع المشتري من البائع بأقل.. فكذلك لا يجوز بيع وارثه أيضاً.

ثم اعلم: أن هذا فيما إذا اشترى البائع من مشتريه أو من وارث مشتريه، وأما:

لو اشتراه ممن وهبه له أو أوصاه له أو باعه منه.. فإنه يجوز، ولو بأقل من الثمن الأول؛ لأن الربح المستفاد لم يعد إليه من جهة مشتريه [٨٢/أ]؛ لأن اختلاف الأسباب بمنزلة اختلاف الأعيان، فصار كأن ما يعود إليه غير المبيع الأول.

ولو عاد المبيع إلى ملك مشتريه بعد خروجه عنه؛ فإن عاد إليه بحكم ملك جديد؛ كالإقالة قبل القبض أو بعده، أو بالشراء، أو بالهبة، أو بالميراث فشراه البائع منه بأقل من الثمن الأول.. جائز.

وإن عاد إليه بما هو فسخ؛ بخيار رؤية أو شرط قبل القبض أو بعده.. فالشراء منه بأقل لا يجوز؛ على ما في «السراج الوهاج».

وأطلق الأقل: فشمل الأقل قدراً والأقل وصفاً.

فلو باع بألف نسيئة إلى سنتين.. فسد؛ على ما صرح به في «البحر».

ثم لا بد أن يكون الثمنان من جنس واحد؛ لأنه إذا اشتراه بجنس آخر غير جنس الثمن الأول.. يجوز، وإن كان الثمن الثاني أقل من الأول؛ لأن الربح لا يظهر عند اختلاف الجنس، حتى كان العقد الأول بالدراهم فاشترى بالدنانير وقيمتها أقل من الثمن الأول.. يجوز قياساً؛ وهو قول زفر؛ لأن الدراهم والدنانير جنسان، حتى لا يجري بينهما ربا الفضل.

ولا يجوز استحساناً.

وجه الاستحسان: أنهما وإن كانا جنسين صورة.. إلا أنهما جنس واحد معنى؛ لاتحادهما في الثمينة خلقة.

وَكَذَا شِرَاؤُهُ مَعَ غَيره بِثمنِهِ الأولِ قبَل نَقدِه.

وَيصِحُّ فِي الغَيْر بِحِصَّتِهِ.

وعملنا بالاستحسان؛ ترجيحاً للمحرم على المبيح.

هذا، قال في «السراج الوهاج»: لا يجوز أن يشتريه بأقل من الثمن الأول وإن بقي من ثمنه درهم، ولابد من نقد جميع الثمن. انتهى.

ولذا قيدناه بالكل.

وفي «القنية»: لو قبض نصف الثمن، ثم اشترى النصف بأقل من نصف الثمن.. لم يجز.

وكذا لو أحال البائع على المشتري. انتهى.

قوله: «لم يجز»؛ لأنه: يكون شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن، وذا لا يفصل بين الكل والبعض.

وقوله: «وكذا لو أحال» أي: لو أحال الغريم البائع على المشتري، ثم اشترى البائع بأقل مما باع بعد الحوالة.. لم يجز.

(وكذا) لا يصح **(شراؤه)**؛ أي: شراء البائع ما باعه **(مع غيره بثمنه الأول قبل نقده)**؛ أي: الثمن الأول، **(ويصح في الغير)** الذي ضم إلى ما باعه أولاً **(بحصته)** من الثمن.

هذه المسألة: من فروع ما تقدم من أن شراء ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن.. لا يجوز.

بيانه: أنه لا بد أن يجعل بعض الثمن بمقابلة ذلك الغير، فيكون مشترياً لما باعه بأقل مما باع، وهو فاسد على ما تقدم.

ولكن لا يسري الفساد إلى الغير، فيصح البيع فيه بحصته من الثمن.

فإن قيل: إن علة الفساد في شراء ما باع لو كانت إصابة حصته من الثمن أقل من الثمن الأول المستلزم لشرائه بأقل مما باعه.. لزم أن لا يفسد البيع فيما لو باع

جارية بخمسمائة [٨٢/ب]، ثم اشتراها مع غيرها بألف وخمسمائة قبل نقد الثمن الأول؛ لأن عند القسمة نصيب كل واحد منهما من الثَّمن أكثر من خمسمائة، فلا يلزم شراؤه بأقل مما باع، لكنه فاسد فيما باع بخمسمائة، ثم اشتراها مع غيرها؛ على ما ذكره الإمام السرخسي، وفخر الإسلام، وأكمل الدين، وابن الهمام، ولو كانت علة الفساد في مسألة الكتاب ما ذكر.. لما فسد البيع في هذه المسألة؛ لعدم هذه العلة فيها.

أجيب عنه بوجهين:

أحدهما: أنّ الفساد في هذه المسألة لمعنى آخر غير ما في مسألة الكتاب؛ وهو تعدد جهات الجواز وتكثرها، وبيانه: أنا لو جعلنا بإزاء ما باعها ألفاً.. لجاز.

وكذا: لو جعلنا ألفاً ودرهماً.. جاز.

وكذا: لو جعلنا ألفاً ودرهمين.. جاز، وهلم جراً.

وليس البعض بالحمل عليه أولى من البعض.. فامتنع الجواز.

وردّ بوجوه:

أحدها: أن إضافة الفساد إلى تعدد جهات الجواز تشبه الفساد في الوضع؛ لأن تعدد جهات الجواز أنسب بالجواز.. فلا تكون صحيحة.

والثاني: أنه معارض بأن يجعل الجارية التي لم يبعها منه أولى في مقابلة مائة ومائتين وثلاثمائة أو أقل أو أكثر.. فتتعدد جهات الجواز وليس البعض أولى من البعض.. فامتنع الجواز، لكنه جائز، فتخلف المدعي عن الدليل.

والثالث: أن كل جهة تصلح علة للجواز؛ فاعتبار الجهات ـ في مقابلة جهة الجواز مرجحة عليها ـ ترجيح بكثرة الأدلة، وهذا لا يجوز.

والرابع: النقض الإجمالي؛ بأنه لو صح.. لزم أن يمتنع جواز ثبوت موجب له موجبات كثيرة تثبت دفعه، فيمتنع تعدد العلل؛ لأنه يقال فيها مثل ذلك، مع أن تعدد العلل جائز.

أقول: ليس مراد المجيب بقوله: «إن الفساد فيها لتعدد جهات الجواز»: أن تعدد جهة الجواز علة مؤثرة في الفساد، بل مراده: أن الجهات لما تعددت.. لم يثبت الجواز؛ لأنه لو ثبت.. لثبتت؛ إما بكل واحد من تلك الجهات، أو بواحد معين منها، وكلاهما باطل؛ لأنه: يلزم على الأول توارد العلل المستقلة على معلول واحد شخصي، وذلك لا يجوز، على ما بيّن في محله.

ويلزم على الثاني: ترجيح بلا مرجح، وإذا لم يثبت الجواز.. يثبت الفساد؛ لاحتمال الربا، أو: الاحتمال كاف به في ثبوت الفساد بلا حاجة إلى علة أخرى، والاحتمال ثابت ههنا، ومنه سقط الوجوه الثلاثة الأول.

وأما الجواب عن الرابع: فلأنه؛ إن كان المراد بالموجبات في مادة النقض: العلل المستقلة.. فثبوته ممنوع، وإلا.. لزم التوارد وإن كان العلل الناقصة، وكلامنا ليس فيها، بل في الوجوه المستقلة.

والثاني من وجهي الجواب: أن جهات الجواز تقتضي الجواز، وجهة الفساد [٨٣/أ] تقتضي الفساد، والترجيح ههنا للمفسد ترجيحاً للمحرم، وفيه نظر؛ لأن المذهب: أن جهتي الجواز والفساد إذا اجتمعتا.. اعتبر جهة الصحة لا الفساد؛ تحرياً للجواز تصحيحاً لتصرف المسلم؛ على ما سيأتي أمثاله.

ثم: إنما لا يسري الفساد إلى الغير - وهو مشكل على مذهب أبي حنيفة؛ لأن مذهبه: أن البيع إذا فسد بعضه فسد كله - لوجوه:

أحدها: أن الفساد فيما بيعت أولاً ضعيف؛ لاختلاف العلماء فيه؛ لأن الشافعي جوز شراء ما باع بأقل مما باع على ما ذكرنا، وإذا ضعف.. لا يسري إلى الغير؛ كما

إذا اشترى عبدين فإذا أحدهما مدبر.. لا يفسد في الآخر لذلك.

بخلاف: الجمع بين حر وعبد؛ حيث يسري الفساد إلى العبد لقوته.

واعترض عليه بوجهين:

أحدهما: أن خلاف الشافعي كان بعد وضع المسألة، فكيف توضع المسألة بناء على شيء لم يقع بعد.

والجواب عنه: أن وضع المسألة على الخلاف المتأخر، بل على كونها مجتهداً فيها، وإن كان الخلاف بعد الاجتهاد الأول، وكونها مجتهداً فيها.. كاف في المقصود؛ أعني إثبات الضعف في الفساد.

والثاني: أن أبا حنيفة أبطل إسلام القُوْهِيَّة في القوهية والمَرْوِيَّة، مع أن: فساد العقد بسبب الجنسية مجتهد فيه؛ فإنه لو أسلم قوهيا في قوهي.. جاز عند الشافعي، ومع ذلك: تعدى فساد ذلك العقد إلى المقرون به وهو المرويّ.

وأجيب عنه بوجهين:

أحدهما: أن السلم مبناه على المضايقة، فلذلك اعتبر فيه شروط لم تعتبر في مطلق البيع، فناسبه السراية، بخلاف ما نحن فيه.

والثاني: أن الفساد في الرديء ليس بطريق تعدي الفساد من القوهية إليه، بل باعتبار: أن إعلام رأس المال شرط عند أبي حنيفة، والسلم فيه في ذلك مختلف، فكان فساد السلم في كل واحد منهما بجهالة ما يخص كل واحد منهما من رأس المال.

والثاني: أن الفساد فيما باع ثم اشتراه باعتبار شبهة الربا؛ فلو اعتبرناها فيما ضم إليه.. كان ذلك شبهة الشبهة، وهي: غير معتبرة في باب الربا، وإنما المعتبر فيه: هو الشبهة.

والثالث: أن الفساد طارئ؛ لأنه قابل الثمن بالجاريتين، وهي مقابلة صحيحة إذا

وَلَا شِرَاءُ زَيْتٍ على أَنْ يَزِنَهُ بظَرْفِهِ، ويُطرحَ عَنهُ لكلِّ ظرفٍ مِقْدَارٌ معِينٌ، وَإِن شَرطَ طَرحَ مثلَ وزنِ الظَّرْفِ.. يَصحُّ.

لم يشترط فيهما: أن يكون بإزاء ما باع أقل من الثمن الأول، لكن بعد ذلك انقسم الثمن على قيمتها، فصار البعض بإزاء ما باع، والبعض بإزاء ما لم يبع.. ففسد البيع فيما باع، وإن كان طارئاً.. فلا يتعدى إلى الغير؛ لأن الطارئ ضعيف.

(ولا شراء زيت؛ على أن يزنه بظرفه ويطرح عنه لكل ظرف مقدار معين)؛ خمسة أرطال مثلاً؛ لأنه شرط لا يقتضيه العقد.. فيفسد؛ لأن مقتضى العقد أن يطرح [٨٣/ب] عنه وزن الظرف ما يوجد لا قدر معين؛ لجواز أن يزيد عليه أو ينقص عنه.

(و: إن شَرَط طرح مثل وزن الظرف.. يصح)؛ لكونه شرطاً يقتضيه العقد.

هذه من مسائل «الجامع الصغير»، صورها فيه محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في:

رجل اشترى من رجل هذا الزيت؛ وهو ألف رطل، على أن يزنه بظروفه فيطرح عنه مكان كل ظرف خمسين رطلاً.. قال: هذا فاسد.

وإن كان قال: على أن يطرح عنه مثل وزن الظرف.. فهو جائز؛ لأنه شرط يقتضيه العقد، وهو شرط أن يتعرف قدر المبيع من غيره ليخص بالثمن.

بخلاف قوله: على أن يزنه فيطرح عنه لكل ظرف عشرة أرطال أو خمسين.. فإن البيع حينئذ فاسد؛ لأنه شرط لا يقتضيه العقد، وفيه نفع لأحد العاقدين؛ فإن زنة الظرف قد تكون أقل من خمسين.. فيكون البيع بشرط ترك الثمن عن بعض المبيع؛ وهو نفع للمشتري، وقد يكون أكثر منها.. فيكون البيع بشرط إعطاء ثمن لا في مقابلة مبيع، وفيه نفع للبائع.

وذكر في أواخر فصل ما يجوز بيعه وما لا يجوز من «الخلاصة» نقلاً عن «الفتاوى»: رجل اشترى قطناً بوزن معلوم، بثمن معلوم.. يحطّ من الثمن حصة الورام.

وَإِن اخْتلفَا فِي الظّرْفِ وَقدرِهِ.. فَالْقَوْلُ للْمُشْتَرِي.

وفي فتاوى «قاضي خان»: رجل باع قطناً بوزن معلوم وأراد المشتري أن يذهب منه الورام، ولا يعطي للورام ثمناً، قال: بناء الأمر في هذا: على ما هو رسم البلد في مثله؛ فإن كان في رسمهم للقطن ورام.. يحط عن المشتري من الثمن بقدر ذلك. انتهى.

المراد بالورام: هو الظرف، وهو لفظة فارسية، على ما في «المغرب»، وهذا: بناء على أن المعروف بين التجار.. كالمشروط؛ كما في «القنية».

(وإن اختلفا في الظرف وقدره.. فالقول للمشتري) صوره في «الجامع الصغير» محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة في: رجل اشترى من رجل السمن الذي في هذا الزق، كل رطل بدرهم، فوزن له السمن والزق: فبلغ مائة رطل وقبضه المشتري، ثم جاء فقال: وجدت السمن تسعين رطلاً، والزق هذا وزنه عشرة أرطال، وقال البائع: الزق غير هذا؛ وزنه خمسة أرطال، والسمن خمسة وتسعون رطلاً.. قال: هذا جائز، والقول قول المشتري في السمن وفي الزق، إلى هنا لفظ محمد في «الجامع الصغير».

وقال في «الأصل»: فالقول قول المشتري مع يمينه، وعلى البائع البينة، وإنما كان القول قول المشتري مع يمينه: إذا لم يقم البائع البينة؛ لأن البائع ادعى عليه زقاً آخر، وهذا ينكر، أو ادعى عليه زيادة الثمن وهو ينكر أيضاً.. فالقول قول المنكر مع اليمين.

أو نقول: القول قول المشتري مع يمينه؛ لأنه هو القابض، والقول قول القابض في [٨٤/أ] تعيين ما قبض ضميناً كان أو أميناً؛ كالغاصب والمودع؛ فإن القول قول كل واحد منهما فيما أخذا؛ إذا جاء يرده؛ لأن ذلك منه مستفاد؛ فكذا هنا.

واستشكل بمسألتين: إحداهما: ما إذا باع عبدين وقبضهما المشتري ومات أحدهما عنده وجاء بالآخر يرده بعيب، فاختلفا في قيمة الميت.. فالقول للبائع؛ على ما صرحوا في باب التحالف.

وَلَو أَمرَ مُسلمٌ ذِمِّياً ببيع خمر أَو شرائها.. صَحَّ، خلافاً لَهما.

والثانية: أن الاختلاف في الثمن يوجب التحالف، وهنا: جعل القول للمشتري مع يمينه؛ على تقدير اعتباره اختلافاً في الثمن.

أجيب عن الأولى: بأنها مع هذه مطردة؛ فإن كون القول للمشتري: إنما هو؛ لإنكاره الزيادة، وهناك إنما كان القول للبائع لإنكاره الزيادة أيضاً.

وعن الثانية: بأن التحالف على خلاف القياس فيها عند ورود الاختلاف في الثمن قصداً، وهنا: الاختلاف فيه تبع لاختلافهما في الزق المقبوض، أهو هذا أو لا.. فلا يوجب التحالف.

(**ولو أمر مسلم ذمياً ببيع خمر**) أو خنزير، وذلك: بأن يكون كافراً فيسلم عليهما، ويموت قبل أن يزيلهما، وله وارث مسلم فيرثهما، فيوكل كافراً ببيعهما (**أو شرائها.. صح**) عند أبي حنيفة؛ فيدخل ثمن ما باع ذلك الذمي من الخمر والخنزير في ملك المسلم الموكل.

وكذا: يدخل ما شراه ذلك الذمي من الخمر والخنزير في ملك المسلم الموكل، ويؤمر الموكل بالتصدق بالثمن؛ لتمكن الخبث فيه؛ لقوله ﷺ: «الذي حرم شربها.. حرم بيعها وأكل ثمنها».

وبتخليل الخمر أو إراقتها وبتسييب الخنزير في صورة الاشتراء، وذلك لأنه إنما منع عن الانتفاع بعينهما، فيتصرف فيهما على وجه يتوصل به إلى الانتفاع بعينهما إن أراد به، وذلك بالتخليل في الخمر، ولا يمكن ذلك في الخنزير، فيتصرف فيه بإزالة عينها فقط، ويلزم عليه دفع ثمنهما إلى وكيله بالشراء؛ لانتقال الملك إليه من جهته.

(**خلافاً لهما**)، وهو قول مالك والشافعي وأحمد أيضاً.

وحاصل الوجه من جانبهم: إثبات المانع الشرعي من هذا التوكيل، ومن جانب الإمام أبي حنيفة: عدم المانع؛ بالقدح في مانعية ما جعلوه مانعاً.. فيبقى الجواز على الأصل.

لهم: أن الموكل لا يملك بنفسه ذلك العقد، فلا يملك تولية غيره؛ لأن الغير يستفيد الولاية والتصرف من جهته، ولم يوجد فيه ذلك التصرف.. فكيف يستفيد وكيله منه؛ كتوكيل المسلم مجوسياً تزويج مجوسية؟ فإنه لا يصح بالاتفاق، ولأن ما ثبت للوكيل من الملك ينتقل إلى موكله، فصار كأنه باشره بنفسه.. فلا يصح.

ولأبي حنيفة: أن المعتبر في هذا الباب أهليتان:

أهلية الوكيل، وهي: أهلية التصرف في المأمور به، والذمي أهل لذلك.

والثانية: أهلية الموكل، وهي: أهلية ثبوت الملك له جبراً من جهة وكيله، وللموكل ذلك حكماً للعقد [٨٤/ب]؛ لئلا يلزم انفكاك الملزوم عن اللازم، ألا ترى إلى صحة ثبوت ملك الخمر للمسلم إرثاً إذا أسلم مورثه النصراني ومات عن خمر وخنزير.

وإذا ثبت الأهليتان.. لم يمتنع العقد بسبب الإسلام؛ لعدم المانع؛ لأن الإسلام جالب الأسباب، وقولهم: إن الموكل لا يلي هذا التصرف فكذا وكيله.. منقوض بمسائل:

منها: أن الوكيل بشراء عبد بعينه.. لا يملك شراءه لنفسه، ويملك التوكيل لشرائه لنفسه، حتى لو شراه وكيله له.. ملكه هو؛ أي: الوكيل الأول.

ومنها: أن القاضي لا يملك بيع خمر وخنزير خلفه ذمي ورجع أمره إلى القاضي، ويملك توكيله بذمي آخر بيعهما.

ومنها: أن الوصي المسلم لذمي لا يملك بيع خمره وخنزيره، ويملك التوكيل بذمي آخر به.

ومنها: أن المريض مرض الموت لا يملك البيع بما يتغابن بمثله؛ إذا كان عليه ديون مستغرقة، ويجوز من وصيه بعد موته.

وَكَذَا لَو أَمرَ المُحرِمُ غَيرَه بِبيع صَيْدِهِ.

وَلَو شرى كَافِرٌ عبداً مُسلماً ومصحفاً.. صَحَّ، وَيُجْبرُ على إِخراجِهِما من مِلْكِهِ.

اعترض عليه: بأنه إن قلت: إن تملك المسلم للخمر والخنزير ثبت شرعاً جبراً عن سبب جبري كالموت.. سلمناه، وإن قلت: إنه ثبت بمن له سبب اختياري.. منعناه، وهنا: كذلك؛ إذ التوكيل اختياري، والملك مرتب عليه؛ إذ لا وجود في الشرع بدون التوكيل.

أجيب: بأنا نختار الثاني، ونمنع أن التوكيل بسبب للملك، بل الشراء، والشراء: إنما هو اختياري للوكيل لا الموكل، ثم يثبت له الملك جبراً.

ثم قياسهم على تزويج المجوسي.. فاسد؛ لأن حقوق العقد في النكاح ترجع إلى الموكل، والوكيل سفير محض، بخلاف البيع؛ فإن حقوق العقد فيه راجعة إلى الوكيل؛ حتى يطالب بالثمن ويرد بالعيب ويرد عليه، ولكن هذه الوكالة وإن كانت صحيحة عنده.. مكروهة كراهة تحريم، حتى أمر بتخليل الخمر أو إراقته، وبتسييب الخنزير، فعلى هذا يرد عليه: أنه إذا لم تترتب الفائدة على هذه الوكالة.. فأي فائدة في صحتها؟

(**وكذا**) الخلاف (**لو أمر المحرم غيره**) أي حلالاً (**ببيع صيده**) أي: يصح عند أبي حنيفة، لا عندهما؛ لما ذكرناه من وجهي الطرفين: من أن الموكل لا يملك هذا التصرف.. فلا يملك وكيله أيضاً عندهما.

وقال أبو حنيفة: المعتبر في هذا الباب أهليتان... إلى آخر ما ذكرناه.

(**ولو شرى كافر عبداً مسلماً أو مصحفاً.. صح**) الشراء؛ لوجود الأهلية والمحل.

(**ويجبر على إخراجهما من ملكه**) حذراً عن ذلّ المسلم واستخفاف المصحف.

ثم شرع في بيان الفساد بسبب الشرط، وذلك ينقسم إلى: ما يقتضيه العقد،

وَالْبيعُ بِشَرْطٍ يَقْتَضِيهِ العقدُ: صَحِيحٌ؛ كَشَرطِ المِلْك لِلْمُشْتَرِي.

وَكَذَا بِشَرْطٍ لَا يَقْتَضِيهِ العقدُ، ....

وإلى ما لا يقتضيه، والثاني: ينقسم إلى أقسام، يصح البيع في كلها إلا واحداً منها؛ على ما سنذكره، فأشار إلى الأول بقوله:

(**والبيع بشرط يقتضيه العقد**) معناه على ما في «الخلاصة»: أنه يجب بالعقد من غير شرط؛ على ما سيظهر من التمثيل (.. **صحيح**) [٨٥/أ]؛ لأنه لما وجب بالعقد من غير اشتراط.. صار كأن البيع مطلقاً عن شرط.. فلم يكن من مشتملات المنهي عنه؛ وهو بيع وشرط؛ لأن النبي ﷺ: إنما نهى عن بيع وشرط؛ (**كشرط الملك للمشتري**)، وكشرط تسليم المبيع أو الثمن، وهذا الشرط: لا يفيد إلا وكادة في العقد؛ لأن كلاً من الملك والتسليم قد وجب بالعقد من غير شرط، والشرط: يؤكده.

(**وكذا**:) أي صحيح (**بشرط لا يقتضيه العقد**) أي: بالتفسير الذي ذكرناه.

واعلم: أن الشرط الذي لا يقتضيه العقد؛ إما أن يكون ملائماً للعقد؛ بأن يوثق موجب العقد ويزيده وكادة؛ كشرط أن يعطي المشتري كفيلاً بالثمن والكفيل معلوم حاضر فقبل، أو غائب فحضر قبل أن يتفرقا وكفل، وكشرط أن يعطي الرهن بالثمن والرهن معلوم بالإشارة أو بالتسمية.

حتى لو لم يكن الكفيل حاضراً وقبل أو غائباً فحضر قبل التفرق، ولا الرهن معلوماً بالإشارة أو التسمية.. لم يجز بالاتفاق؛ على ما صرح به في «فتح القدير».

وإما أن لا يكون ملائماً، وهو: لا يخلو من:

أن ورد الشرع بجوازه؛ كشرط التأجيل في الثمن والخيار.

أو لم يرد الشرع بجوازه؛ وهو لا يخلو من:

أن يكون متعارفاً؛ كما إذا اشترى نعلاً وشراكاً بشرط أن يحذوه البائع.

أو لم يكن متعارفاً؛ وهو لا يخلو من:

أن لا يكون فيه منفعة لأحد العاقدين، ولا للمعقود عليه.

وَلَا نفَع فِيهِ لأحدٍ؛ كَشَرط أنْ لَا يَبِيَع الدَّابَّةَ المَبِيعَة.

أو يكون فيه منفعة لأحد العاقدين أو المعقود عليه.. فالبيع جائز في هذه الأقسام، إلا في القسم الأخير؛ أعني ما يكون فيه منفعة لأحد العاقدين أو المعقود عليه.. فإنه لا يجوز فيه بالاتفاق.

وإلا في القسم الثالث: أعني ما يكون متعارفاً.. فإنه غير جائز في رواية عن محمد على ما في «الخلاصة».

وكلام المصنف: شامل لجميع هذه الأقسام سوى الأخير، إلا أن عطف قوله: (**ولا نفع فيه لأحد**) العاقدين.. يخصه بصورة واحدة؛ أعني القسم الرابع من الأقسام الذي ذكرناه.

ثم الأولى أن يقول: ولا نفع فيه لأحد العاقدين ولا للمعقود عليه، يطابق المثال بالممثل. تأمل.

(**كشرط أن لا يبيع**) أو لا يهب (**الدابة المبيعة**)؛ إذ لا نفع فيه لأحد العاقدين، وهو ظاهر، ولا للمعقود عليه؛ لأنه ليس من أهل الاستحقاق، فلا يفسد به العقد، لكنه لغو؛ لعدم الفائدة.

وعن أبي يوسف: يفسد البيع به؛ لتضرر المشتري به من حيث إنه يتعذر عليه التصرف في ملكه لو عمل بموجب الشرط.

والجواب: أنه لا مطالب له في هذا الشرط، فلا يتضرر به.

وفي «الخلاصة»: لو شرطا شرطاً فيه ضرر؛ نحو إن شرط أن يقرض البائع أجنبياً ألف درهم [٨٥/ب] لا يفسد العقد.

وذكر القدوري: أنه يفسد.

ولو اشترى ثوباً على أن لا يبيعه أبداً، ذكر في المزارعة ما يدل على أنه لا يفسد العقد.

ولو شرطا شرطاً ليس فيه منفعة ولا مضرة؛ نحو: إن اشترى طعاماً بشرط أن يأكله، أو ثوباً بشرط أن يلبسه.. جاز، على ما روي عن أبي يوسف.

ولو اشترى عبداً على أن يبيعه.. جاز.

ولو على أن يبيعه.. من فلان لا يجوز؛ لأن له طالباً.

وفي «المنتقى»: قال محمد: كل شيء يشترط على البائع وهو يفسد العقد؛ فإذا شرطه على الأجنبي.. فالشرط باطل؛ كما إذا اشترى دابة على أن يهب هو له عشرين درهماً، أو قال: على أن يهب فلان عشرين درهماً.

وكل شيء يشترط على البائع.

ولا يفسد البيع؛ فإذا شرطه على الأجنبي.. فالشرط جائز ويكون له الخيار.

وهل يبطل البيع بالشرط الباطل؟

قالوا: إنه يبطل، على ما سيأتي بيانه قبيل كتاب الصرف.

والجملة ههنا: أن البيع بالشرط ثلاثة أنواع:

نوع: **البيع والشرط جائزان**، وهو كل شرط يقتضيه العقد ويلائمه.

ونوع: **كلاهما فاسدان**، وهو كل شرط لا يقتضيه العقد، ولا يلائمه، وفيه منفعة لأحد العاقدين، أو للمعقود عليه.

ونوع: **البيع جائز والشرط باطل**، وهو كل شرط لا يقتضيه العقد، وفيه مضرة لأحدهما، أو ليس فيه منفعة ولا مضرة لأحد، وفيه منفعة لغير المتعاقدين والمبيع؛ كشرط أن لا يبيع المبيع، ولا يهبه، ولا يلبس الثوب، ولا يركب الدابة، ولا يأكل الطعام، ولا يطأ الجارية، أو على أن يقرض أجنبياً درهماً ويجوز ذلك.. فإنه يجوز البيع، ويبطل الشرط.

وَلَو بِشَرْطٍ لَا يَقْتَضِيهِ العقدُ، وَفِيه نفعُ لأحدِ العاقدينِ أَو لمبيعٍ يَسْتَحِقُّ.. فَهُوَ فَاسدٌ؛ كَبيع عبدٍ على أنْ يعتَقهُ المُشْتَرِي، أَو يدبِّرَهُ، أَو يكاتَبه، أَو أمةٍ على أَن يستولدَها.

فَلَو أعْتقهُ المُشْتَرِي.. عَاد البيع صَحِيحاً، فيلزم الثّمنُ.

وَعِنْدَهُمَا: لَا يعودُ، فتلزمُ القيمَةُ.

(**ولو بشرط لا يقتضيه العقد، وفيه نفع لأحد العاقدين أو لمبيع يستحق**) النفع المشروط، وذلك بأن يكون المبيع من أهل الاستحقاق بأن يكون المبيع رومياً؛ لأن الحيوانات ليست من أهل الاستحقاق.. (**فهو**) أي: البيع (**فاسد**).

أما في الأول: فلأن فيه زيادة عارية عن العوض؛ لأنهما لما قصدا المقابلة بين المبيع والثمن.. خلا الشرط عن العوض، وهو ربا؛ لأن الشرط مال حكماً أُخِذَ العوض عنه، ولأن فيه يقع المنازعة، فيعرى العقد عما قصد منه، وهو قطع النزاع.

وأما في الثاني: فلأن العقد كما لا يتم بدون العاقدين.. كذلك لا يتم بدون المعقود عليه، فاشتراط منفعته كاشتراط منفعتهما، فكان فاسداً بما ذكرناه من الوجهين.

ثم شرع في ذكر مثالهما فقدم مثال الثاني فقال: (**كبيع عبد على أن يعتقه المشتري، أو يدبره، أو يكاتبه، أو أمة على أن يستولدها**) أو أن لا يبيعه المشتري، أو لا يهبه، أو لا يتصدق به، أو أن يتخذها المشتري أم ولد له.. كان البيع فاسداً [٨٣/أ] في الكلّ لما ذكرناه.

وقال ابن أبي ليلى: البيع جائز والشرط فاسد.

وقال ابن شبرمة: يجوز البيع و الشرط، والحجة عليهما: ما ذكرناه.

(**فلو أعتقه المشتري**) إيفاء بالشرط (.. **عاد البيع صحيحاً، فيلزم الثمن**) عند أبي حنيفة.

(**وعندهما: لا يعود، فتلزم القيمة**)؛ لأنه وقع فاسداً، فلا ينقلب صحيحاً؛ كما إذا أتلفه بوجه من القتل والموت والبيع.

وكما إذا باع بشرط التدبير والاستيلاد والكتابة وقد وفى المشتري الشرط، أو لم يف.. فإنه مضمون بالقيمة، إلا إن كان البائع أبرأه عن العبد قبل تلفه بوجه من الوجوه المذكورة.. فإنه حينئذ لا يلزمه شيء؛ لأنه إخراج الغلام عن كونه مضموناً.

بخلاف ما لو أبرأه عن قيمة العبد، ثم تلف العبد بوجه من الوجوه المذكورة.. فإنه يلزمه قيمته.

فإن الإبراء عن القيمة حال قيام العبد.. لا يصح؛ لأن الواجب لدفع الفساد: ردّ العين القائم، وبعد الهلاك يصار إلى القيمة؛ فإن قيام العين لا حكم للقيمة، فلا يصح الإبراء عنها، على ما صرح به في «البزازية» في نوع بيع الشيء بالشيء من كتاب البيع.

وله: أن شرط العتق من حيث ذاته لا يلائم العقد؛ لأن مقتضاه الإطلاق في التصرف، ومقتضى الشرط الإلزام، ولكن لا يلائمه من حيث الحكم؛ لأنه مُنْهٍ للملك، والمنهي للشيء مقرر له.

فبالنظر إلى الجهتين.. توقفت الحال بين بقائه فاسداً، وبين أن ينقلب جائزاً؛ لوجود الشرط.

فإذا وجد.. فقد تحققت الملائمة، فرجح الجواز عملاً بالدليلين.

فإن قيل: إن هذا الشرط في نفسه؛ إما فاسد، أو لا.

فإن كان الأول: فتحقيقه يقرر الفساد؛ لئلا يلزم فساد الوضع.

وإن كان الثاني: كان العقد صحيحاً ابتداءً.

قلنا: إنه فاسد ذاتاً وصورة؛ لعدم الملائمة، جائز حكماً.

فقلنا بالفساد ابتداءً عملاً بالذات والصورة، وبالجواز عند الوفاء به عملاً بالحكم، ولم نعكس؛ لأنا لم نجد جائزاً ينقلب فاسداً، ووجدنا عكسه؛ كالبيع بالرقم.

وكشرطِ أَن يستخدَمه البَائِعُ شهراً، أَو يسكنَهَا، أَولا يُسلّمهُ إِلَى رَأسِ الشَّهْرِ، أَو يقْرضهُ المُشْتَرِي درهماً، ....

بخلاف ما إذا أتلفه بوجه آخر.. فإنه لم ينقلب جائزاً؛ لعدم تحقق الشرط، والكلام فيه، فتقرر الفساد.

وبخلاف التدبير والاستيلاد والكتابة.. فإن الملك لا ينتهي بها بيقين؛ لاحتمال قضاء القاضي بجواز بيع المدبر، وأم الولد، والمكاتب مخير في الإجازة؛ ولأنها إنما تتحقق إذا وقع الأمن عن الزوال عن ملك المشتري إلى غيره؛ كما في الإعتاق والموت، هذا في إعتاق المشتري بعد قبضه.

ولو أعتقها قبل قبضه لها.. لم يقع العتق عنه؛ لعدم تملكه قبل القبض؛ لفساد البيع بتوقف على إذن البائع؛ فإن أجاز البائع إعتاقه.. وقع العتق عن البائع، ولو أمر المشتري البائع بإعتاق العبد الذي اشتراه منه شراء فاسداً قبل قبضه [٨٣/ب] ففعل البائع ذلك.. وقع عن البائع على ما ذكره القاضي الإمام.

وذكر ظهير الدين: أنه يقع عن المشتري وصار قابضاً، والولاء للمشتري.

وقال في «البزازية»: هذا إما أن يحمل على اختلاف الروايتين، أو يكون أحدهما غلطاً من الكاتب، ثم قال: المرضي دراية: كلام القاضي.

ثم شرع في مثال ما فيه منفعة لأحد العاقدين وقال: (**وكشرط أن يستخدمه البائع شهراً، أو يسكنها**)؛ أي: في الدار المبيعة وهذا؛ لأن الخدمة والسكنى لو يقابلهما شيء من الثمن.. يكون إجارة في بيع، وإلا.. تكون إعارة في بيع، فيكون صفقتين في صفقة، وقد نهى النبي ﷺ عن صفقتين في صفقة.

(**أو لا يسلمه إلى رأس الشهر**)؛ لأن الأجل في المبيع العين باطل؛ لكونه تحصيلاً للحاصل، فيكون شرطاً فاسداً.

(**أو يقرضه المشتري درهماً**)؛ لأن النبي ﷺ نهى عن بيع وسلف، بخلاف ما إذا قال بعتك هذه الدار على أن يقرضني فلان ألف درهم فقبله المشتري.. فإن هذا

أَو يُهدِيَ لَهُ هَدِيَّةً، أَو يقطَع البَائِعُ الثَّوْبَ ويخيطَه قَبَاءً أَو قَمِيصاً، أَو يحذَو النَّعْلَ، أَو يشركَهُ.

وَيصِحُّ فِي النَّعْلِ اسْتِحْسَانًا.

البيع صحيح؛ لأنها لم تلزم الأجنبي: **لا ضماناً** عن المشتري؛ لأنها ليست في ذمة الأجنبي، فيحملها الكفيل؛ أعني: المشتري، **ولا زيادة في الثمن**؛ لأن المشتري لم يقل: على أني ضامن.

(**أو يهدي له هدية**) هذه كلها مثال ما فيه منفعة للبائع.

ثم شرع في مثال ما فيه منفعة للمشتري فقال: (**أو يقطع البائع الثوب ويخيطه قباء، أو قميصاً، أو يحذو النعل، أو يشركه**) ـ من التشريك ـ، يقال: حذَّ إلي نعلاً: عملها، وشرك النعل وضعت عليها الشراك.

(**ويصح**) البيع (**في النعل استحساناً**)؛ لأن بيع النعل بشرط التشريك متعارف، والعرف قاض على القياس.

وفي «الخلاصة»: إذا اشترى نعلاً وشراكاً على أن يحذوه البائع.. جاز.

واعلم: أن الظاهر من هذه الأمثلة مقارنة الشرط بالعقد، وهل يجوز إلحاقه به بعد انعقاده؟

ففي «الخلاصة»: لو ألحقا بالبيع شرطاً فاسداً.. يلتحق عند أبي حنيفة وإن كان الإلحاق بعد الافتراق عن المجلس؛ كما لو باع فضة بفضة وتقابضا وتفرقا، ثم زاد أحدهما شيئاً، أو حط عنه وقبله الآخر.. فالبيع فاسد عند أبي حنيفة.

وعند أبي يوسف: البيع صحيح، وتبطل الزيادة و الحط.

وقال محمد: الزيادة باطلة، والحط جائز بمنزلة الهبة المستقلة.

ثم اعلم: أن التفصيل المذكور ههنا في الشرط إنما هو إذا علق بكلمة «على»؛ لأنه إذا علق بكلمة «إن».. فالبيع يفسد في جميع الوجوه على ما صرح به في «البحر».

وقال في «الخلاصة» نقلاً عن «المنتقى» في البيع بالشرط: إذا باع بكلمة «على».. فعلى ما ذكرنا من لتفصيل.

أما إذا قال: بعت، إن كان كذا.. فالبيع باطل؛ سواء كان الشرط نافعاً لأحدهما، أو للمعقود عليه، أو لم يكن نافعاً، بل يكون ضاراً، إلا في صورة، وهي: ما إذا قال: بعت، إن رضي به فلان، أو أبي [٨٤/آ].

قال الحاكم الشهيد أبو الفضل: إذا وقعت ثلاثة أيام: يعني الخيار. انتهى ما في «الخلاصة».

وهل لفظ شرطه كذلك بمنزلة كلمة «إن»، أو بمنزلة كلمة «على»؟

ففي «البحر»: والظاهر من كلامهم: أنه بمنزلة كلمة «على»، وهو الظاهر من كلام المصنف أيضاً؛ فإنه عطف قوله: «وكشرط أن يستخدمه»... إلخ على قوله: «أن يعتقه».

ووجه الفرق بين «على» و«إن»: أن تعليق التمليكات بالخطر.. لا يجوز؛ لأنه يشبه القمار والبيع، وكذا الهبة والصدقة والإبراء عن الدين من باب التمليك.. فلا يجوز تعليقها على شرط بكلمة «إن»؛ لأنه للخطر.

اشترى أرضاً على أن خراجها على البائع.. فالبيع فاسد، ولو شرط البعض على البائع؛ إن شرط عليه شيئاً من خراج الأصل.. فكذلك فاسد، وإن شرط عليه شيئاً زائداً على خراج الأصل.. جاز البيع؛ لأنه شرط أن لا يجب على المشتري تحمل الظلم، كذا في «قاضي خان» و«الخلاصة» و«البزازية».

فظهر منه: أن كل شرط فيه دفع الظلم على المشتري.. ليس من قبيل اشتراط ما فيه نفع للمشتري، بل من قبيل اشتراط ما يقتضيه العقد؛ لأن مقتضى العقد دفع المنازعة والخصومة والظلم.

ولو اشترى أرضاً على أن خراجها ثلاثة دراهم، ثم ظهر أنه أربعة، أو قال:

أربعة، ثم ظهر أنه ثلاثة؛ فإن علم المشتري ذلك.. فالبيع فاسد؛ لأنه باع بشرط أن لا يجب على المشتري خراج أرض أخرى معنى، وإن لم يعلم المشتري ذلك.. فالبيع جائز، والمشتري بالخيار، إن شاء.. قبلها بخراجها كلها، وإن شاء.. ترك.

ولو اشترى الأرض الخراجية بغير الخراج، أو أرضاً بغير خراج اشتراها مع الخراج بأن كان للبائع أرض خراجية وضع خراجها على هذه الأرض وباعها وعلم المشتري.. فالبيع فاسد، هذا إذا كانت الأرض خراجية في الأصل فاشتراها بغير الخراج.

وأما إذا لم تكن خراجية في الأصل، ثم وضع عليها الخراج ظلماً.. فالبيع جائز.

ولو اشترى أرضاً على أنها حرة من النوائب الديوانية وهي ليست بحرّة عنها:

قال ظهير الدين: البيع الفاسد كالخراج؛ فإنه إذا باع أرضاً على أنها غير خراجية وهي خراجية.. فسد البيع.

وقال القاضي الإمام فخر الدين خان: لا يفسد البيع، ولكنه يخير بين الرد والإمضاء.

وعلى هذا: إذا اشترى على أن قانونه كذا؛ فإذا هو أكثر.

ولو باع بشرط أن لا يؤخذ منه الجباية.. فالبيع فاسد.

ولو اشترى على أن الجباية الأولى على البائع واتفقا على ذلك.. جاز البيع، كذا في «الخلاصة».

وقال في «الخزانة»: رجل اشترى أرضاً، فقال المشتري: «الجباية الأولى على البائع» فباع على أنه ليس على البائع وهو اشترى [٨٤/ب] بهذا الشرط.. أفتى القاضي الإمام بجواز البيع؛ لأنه باع على أن لا مؤنة على البائع، وهذا موجب العقد ومقتضاه.

وَلَا يجوز بيعُ أمةٍ إِلّا حملَهَا.

وههنا شروط تتعلق بالثمن: باع شيئاً على أنه بالنقد بكذا وبالنسبة بكذا، أو إلى شهر بكذا وشهرين بكذا.. فسد البيع.

ولو اشترى ثوباً بعشرة على أن البائع إن ردّ الثمن إلى المشتري إلى ثلاثة أيام لا بيع بينهما.. صحّ البيع استحساناً؛ كما إذا اشترى على أنه إن لم ينقد الثمن إلى ثلاثة أيام.. لا بيع بينهما.

بخلاف ما لو قال: إلى أربعة أيام فصاعداً.. حيث لا يصحّ البيع.

ولو قال: بعت منك هذا على أن أهب لك كذا.. لا يجوز.

ولو قال: على أن أحط من ثمنه كذا.. جاز؛ لأن حطّ الثمن يلتحق بأصل العقد، بخلاف الهبة.

ولو قال بصيغة الماضي: على أن حططت، أو على أن وهبت لك.. جاز؛ لأن الهبة قبل القبض باطلة، فتكون حطاً، فيكون البيع بما وراء المحطوط.

ولو باع شيئاً على أن يدفع إليه المبيع قبل أن يدفع هو الثمن.. فالبيع فاسد، فاختلفوا في العلة:

قال أبو يوسف: لأن العقد لا يوجب تسليم المبيع قبل نقد الثمن إذا لم يكن الثمن مؤجلاً، فكان شرطاً لا يقتضيه العقد، وفيه منفعة للمشتري.

وقال محمد: لأنه تضمن أجلاً مجهولاً، حتى لو سمّى الوقت الذي يسلم فيه المبيع.. جاز البيع.

(**ولا يجوز بيع أمة إلا حملها**)؛ لأن كل ما لا يصح إفراده بالعقد.. لا يصح استثناؤه منه، والحمل كذلك؛ لأنه بمنزلة أطراف الحيوان؛ لاتصاله به خلقة، وكذا الكتابة والإجارة والرهن يفسد به.. فلا يجوز الاستثناء فيها أيضاً؛ لأنها مما يفسد بالشروط الفاسدة، إلا أن الكتابة إنما تفسد بالشروط الفاسدة إذا كان الفساد في صلب العقد؛ كأن كاتب على الخمر والخنزير، أو على قيمته.

وَلَا البيعُ إِلَى النيروزِ والمهرجانِ، وَصَوْمِ النَّصَارَى، وَفطرِ اليَهُودِ إِن لم يَعلمِ العاقدانِ ذَلِك.

بخلاف ما إذا لم يكن في صلب العقد؛ كما إذا شرط على المكاتب أن لا يخرج من الكوفة.. فإن العقد صحيح؛ إلحاقاً لها حينئذ بالهبة والصدقة والنكاح والخلع والصلح عن دم العمد.. فإنها لا تبطل باستثناء الحمل، بل إنما يبطل الاستثناء نفسه؛ لأن هذه العقود مما لا تبطل بالشروط الفاسدة؛ لأنها تبرعات، فلا يتحقق فيها الربا وهو المناط.

وأما الوصية: فإنها وإن لم تفسد بالشروط الفاسدة، لكن يصح الاستثناء فيها حتى يكون الحمل ميراثاً.

والجارية وصية؛ لأن الوصية أخت الميراث، والميراث يجري فيما في البطن، بخلاف ما إذا استثنى خدمتها؛ لأن الميراث لا يجري في الخدمة، كذا في «الهداية».

وإنما ذكر استثناء الحمل مع الشروط؛ لأنه لما كان غير صحيح.. صار شرطاً فاسداً، ولا يجوز بيع الأم بعدما أعتق الحمل، ويجوز ههنا بعد تدبير الحمل على الأصح [٨٥/أ]، كذا في بيوع «الأشباه» نقلاً عن «فتح القدير».

(**ولا البيع إلى النيروز**): معرّب بوزوز، وهو أول يوم من الربيع.

(**والمهرجان**) هو يوم في طرف الخريف.

(**وصوم النصارى وفطر اليهود**)؛ أي: تأجيل الثمن إلى هذه الأوقات؛ (**إن لم يعلم العاقدان ذلك**) الوقت؛ لأن جهالة الأجل مفضية إلى النزاع المنافي لموجب العقد، فيكون فاسداً.

وإن علما ذلك الوقت، أو كان التأجيل إلى فطر النصارى بعدما شرعوا في صومهم.. جاز؛ لعدم الجهالة المفضية إلى النزاع.

واعلم: أن التأجيل ثلاثة أضرب:

وَلَا البيعُ إِلَى الحَصادِ، والدِّياسِ، والقِطافِ، والجذاذ، وقدوم الحَاجِّ.
وَتَصِحُّ الكفَالَة إِلَى هذه الأوقاتِ.
فَإِن أسقطَ الأَجَلَ قبلَ حُلُولِهِ.. صَحَّ.

تأجيل بأيام، أو شهور، أو سنين معلومة، وإنه صحيح إذا قبل المطلوب، وإلا.. فلا، والمال حال.

وتأجيل إلى أجل مجهول جهالة متقاربة؛ كالحصاد والدياس والجزاز والنيروز والمهرجان ونحوها.. فيصح التأجيل، وإن كان البيع بهذه الآجال فاسداً، لكن التأجيل في الثمن إلى هذه الآجال.. جائز.

وتأجيل مجهول جهالة فاحشة؛ كالأجل إلى مهب الريح، أو مطر السماء، أو قدوم الحاج، أو قدوم شريكه من سفره ونحوها.. فالأجل باطل والمال حال، كذا في «القنية».

(**ولا البيع إلى الحصاد**)؛ أي: قطع الزراع.

(**والدياس**): وهو أن يوطأ المحصود بقوائم الدواب.

(**والقطاف والجذاذ وقدوم الحاج**) والكل للجهالة أيضاً.

(**وتصح الكفالة إلى هذه الأوقات**)؛ لأن الجهالة اليسيرة متحملة في الكفالة، ألا ترى أنها تحتمل الجهالة في أصل الدين بأن يكفل بما وجب على فلان؟!

ففي وصفه: أولى، وهذه الجهالة يسيرة؛ لاختلاف الصحابة فيها؛ فإن عائشة رضي الله عنها أجازت البيع إلى العطاء، ومنعه ابن عباس، وأخذنا بقوله.

(**فإن أسقط الأجل**) إلى هذه الأوقات (**قبل حلوله.. صحّ**) خلافاً لزفر؛ لأنه انعقد فاسداً، فلا ينقلب جائزاً.

قلنا: الفساد للمنازعة، وهي إنما تتحقق عند حلول الأجل؛ فإذا أسقط.. ارتفع المفسد قبل تقرره، فيعود جائزاً.

وَكَذَا لَو بَاعَ مُطلقاً ثُمَّ أَجَّلَ إِلَى هَذِه الأَوْقَات.

وَمن بَاعَ نصِيبه من دَارٍ.. يجوزُ إِن علِمَهُ المتعاقدانِ.

خلافاً لأبي يُوسُف.

وَيَكْفِي علمُ المُشْتَرِي عندَ محمدٍ.

فإن قيل: الفساد قد ثبت ابتداءً.. فلا يفيد إسقاطه؛ كما إذا باع الدرهم بالدرهمين، ثم أسقطا الدرهم الزائد.

قلنا: الفساد فيما نحن فيه في شرط زائد وهو الأجل، لا في صلب العقد وهو البديل، فيمكن إسقاطه.

بخلاف ما ذكر؛ فإن الفساد فيه في صلب العقد.

فإن قيل: إذا نكح بغير شهود، ثم أشهد.. لا ينقلب جائزاً، مع أن الفساد في شرط زائد لا في صلب العقد.

قلنا: نعم، إلا أن الشرط هنا قوي بمنزلة ما كان في صلب العقد، وكذا إذا باع إلى أن تهبّ الريح، ثم أسقط الأجل قبل أن تهب.. لا ينقلب جائزاً؛ لأن هبوب الريح ليس بأجل؛ لأن الأجل ما يكون منتظراً، والهبوب ليس كذلك، بل قد يكون متصلاً بكلامه، فكان الفساد [٨٥/ب] في صلب العقد.

(**وكذا**)؛ أي: صحّ (**لو باع مطلقاً**) عن الأجل.

(**ثم أجل**) من التأجيل (**إلى هذه الأوقات**)؛ لأنه من تأجيل الدين، وهذه الجهالة متحملة فيه؛ كما في الكفالة.

(**ومن باع نصيبه من دار**) مشتركة بين اثنين فصاعداً؛ إرثاً أو شراءً.. (**يجوز إن علمه المتعاقدان**) عند أبي حنيفة.

(**خلافاً لأبي يوسف، ويكفي علم المشتري عند محمد**).

قال في «العمادي» نقلاً عن «الصغرى»: رجل قال لآخر: بعت منك نصيبي من هذه بكذا، وعلم المشتري نصيبه ولم يعلم البائع.. جاز البيع بعد أن يقر البائع أنه كما قال المشتري.

وإن لم يعلم المشتري.. قال أبو حنيفة: لا يجوز؛ علم البائع أو لم يعلم، وهو قول محمد.

وقال أبو يوسف: يجوز؛ علم البائع، أو لم يعلم في رواية عصام.

وفي «شرح الكافي»: ذكر قول محمد مع أبي يوسف.

وقال في «عيون المختلف» لأبي نصر: قال أبو حنيفة ومحمد: رجل قال لآخر: بعت من نصيبي من هذه الدار منك، ولم يعلم المشتري كم نصيبه منها.. فإن البيع فاسد؛ علم البائع أو لم يعلم.

وقال أبو يوسف: البيع جائز، وللمشتري الخيار إذا علم.

وأجمعوا: أن المشتري إذا كان يعلم مقدار نصيب البائع.. جاز البيع؛ علم البائع أو لم يعلم. انتهى كلام «العمادي»، وهكذا في «الفصولين» و«قاضي خان».

فعلم منه: أن علم المتعاقدين ليس بشرط عندهم، ولا كفاية علم المشتري مختصاً بمحمد، بل هو إجماعي، وإن خلاف أبي يوسف ليس على ما ظهر من كلامه وهو عدم الجواز؛ لأن البيع جائز عنده علم المتعاقدان أو لم يعلما، لكن للمشتري خيار وإن علم كما نرى.

ويمكن أن يقال: قوله: «خلافاً لأبي يوسف» مصروف إلى قوله: «أن علمه المتعاقدان» لا إلى قوله: «يجوز».

بخلاف ما لو باع أحد الورثة بيتاً من دار يشتمل على بيوت متعددة قبل التقسيم.. فإنه لا يجوز؛ كما في «قاضي خان».

وهذا؛ لأنه بيع شيء معين من التركة، لا بيع حصة.. فلا يجوز.

واعلم: أن هذه من فروع مسائل الشيوع، ذكره في آخر هذا الباب، ولنذكر بعض ما يتعلق بها:

فالشائع ينقسم إلى قسمين:

شائع يحتمل القسمة؛ كنصف الدار ونصف البيت الكبير.

وشائع لا يحتمل القسمة؛ كنصف العبد ونصف الرحى، أو الحمام ونصف الثوب ونصف الشجر القائم ونصف البيت الصغير.. فكان بيع الشائع على قسمين:

بيع ما يحتمل القسمة، وبيع ما لا يحتملها.

وكل قسم على وجهين:

أما إن باع من أجنبي، أو من شريكه:

فالوجه الأول: وهو البيع من أجنبي على صنفين:

أما إن كان الكل له فباع النصف، أو كان بين اثنين فباع أحدهما نصيبه.. فالبيع جائز في المواضع كلها؛ أي: ما يحتمل القسمة وما لا يحتملها ومن أجنبي، أو من شريكه، ومما كان الكل له، أو بين اثنين على ما ذكره الصدر [٨٦/أ] الشهيد.

وذكر في «الفتاوى»: مشجرة بين قوم باع أحدهم نصيبه مشاعاً والأشجار قد انتهت أوان القطع حتى لا يضرها القطع.. جاز الشراء، وللمشتري أن يقطع؛ لأنه ليس في القسمة ضرر.

وفي «النوازل»: رجل باع نصيباً له من المشجرة بغير إذن شريكه بغير أرض؛ إن كانت الأشجار بلغت أوان القطع.. جاز البيع؛ لأنه لا يتضرر المشتري بالقسمة، وإن لم تبلغ أوان القطع.. فالبيع فاسد؛ لأنه يتضرر بالقسمة.

وعلى هذا: الزرع إذا كان بين اثنين باع أحدهما نصيبه من إنسان.. فهو على هذين الوجهين، ففرقا بين ما يقبل القسمة، وبين ما لا يقبلها، على خلاف ما ذكره الصدر الشهيد.

وفي «الفتاوى»: مشجرة بين ثلاثة، باع أحدهم نصيبه من أحد صاحبيه.. لا يجوز، ولو باع منهما.. جاز، وذلك؛ لأنه يتضرر صاحبه الآخر في الأول دون الثاني.

وفي «الواقعات»: نخل بين الشريكين وعليها ثمر، أو أرض بين اثنين وفيها زرع، فباع أحد الشريكين نصيبه من النخل والثمر ومن الأرض والزرع.. ينبغي أن يجوز؛ لأن المشتري لا يجبر على القطع؛ لأنه قام مقام البائع في النخل والثمر والأرض والزرع جميعاً.

ولو كانت دار بين رجلين باع أحدهما بناءها من رجل آخر.. لم يجز بيعه؛ لأنه لا يخلو:

أما إن باعه بشرط الترك، أو بشرط القلع والهدم:

أما الأول: فلا يجوز؛ لأن فيه شرط منفعة للمشتري سوى البيع، فصار بمنزلة شرط إجارة في بيع.

ولا يجوز بشرط الهدم والقلع؛ لأن فيه ضرراً بالشريك الذي لم يبع ، وكذلك لو ادعى رجل على أحدهما شيئاً فصالحه على نصف هذا البناء أو على نصف هذا الزرع المشترك.. لا يجوز.

وفي «أجناس الناطقي»: إذا اشترى نصيب أحد الشريكين من البناء دون الأرض.. لم يجز.

وفي «الصغرى»: باع أحدهما نصيبه من البناء من أجنبي بغير إذن شريكه.. لم يجز.

ولو كان الدار بين اثنين فباع أحدهما بيتاً معيناً من رجل.. لا يجوز.

وكذا لو باع أحدهما نصيبه من بيت معين من الدار من أجنبي.. فللآخر أن يبطل البيع، كذا في «شرح الطحاوي».

وقال الفقيه أبو جعفر: رأيت في «الأمالي»: دار بين رجلين، باع أحدهما منها بيتاً معيناً.. جاز في نصفه عند أبي يوسف.

ورأيت في «المحيط»، وفي «نوادر بشر» عن أبي يوسف: رجلان بينهما دار، فباع أحدهما نصف بيت منها شائعاً والبيت معلوم؛ فإن أبا حنيفة قال: لا يجوز البيع؛ لأن فيه ضرراً على شريكه في تقطيعه نصيبه عليه عند القسمة.

ولو كان بينهما عشرة ثياب هروية مما يقسم، باع أحدهما [٨٦/ب] نصف ثوب بعينه من رجل، قال أبو حنيفة: يجوز ، وكذلك الغنم، وهذا لا يشبه الدار الواحدة.

وقال أبو يوسف: ينبغي أن يكون هذا والدار سواء في قوله.

ولو كان بينهما أرض ونخل باع أحدهما نصف نخلة معينة بأصلها من رجل.. لم يجز في قول أبي حنيفة؛ كما في البيت.

ولو باع أحدهما نصف الأرض واستثنى نصف النخل بأصله.. فإن هذا مثل ذلك في قول أبي حنيفة.

وكذلك لو باع نصف الدار شائعاً إلا بيتاً معلوماً منها.. لم يدخل في البيع.

وقال أبو يوسف: أنا أرى كل هذا جائزاً، لا أنقض بيعاً من أجل قسمة لا يدري، أتكون أم لا؟! وهل يدخل فيها ضرر من قبل هذا البيع أم لا؟

وعن «شرح الطحاوي»: أحد الورثة إذا باع شيئاً من التركة.. ينظر؛ إن باع نصيبه من كل شيء، والمشتري يعلم نصيبه.. يجوز، وإن باع شيئاً معيناً.. لا يجوز؛ لأنه يحتمل أن لا يقع هذا في نصيبه.

قالوا: معنى قوله: «ولا يجوز»: أنه لا يجوز البيع في كل ذلك الشيء، وأما في نصيبه.. فيجوز.

وفي «الصغرى»: مكيل أو موزون بين اثنين، باع أحدهما نصيبه من شريكه.. يجوز، ومن الأجنبي.. لا يجوز.

وفيها أيضاً: أن الشركة في المال إذا كانت بسبب الخلط باختيارهما أو باختلاط من غير اختيار أحد.. يجوز بيع أحدهما نصيبه من شريكه، ومن الأجنبي.. لا يجوز إلا بإذن شريكه.

وإن كانت الشركة بسبب الصدقة، أو الميراث، أو الهبة، أو الاستيلاد.. يجوز بيع أحدهما نصيبه من شريكه ومن الأجنبي بغير إذن شريكه، ولا يملك التصرف في نصيب شريكه إلا بإذنه.

وهكذا في شركة «خواهر زاده»، الكل في «العمادي» و«الفصولين».

وقال في «الخلاصة» في الفصل الثالث من البيوع: ولو كان الزرع مشتركاً بين اثنين، فباع أحدهما نصيبه بغير إذن شريكه؛ إن بلغ أوان الحصاد.. جاز، وإلا.. فلا.

ولو باع من شريكه.. جاز مطلقاً.

وكذا لو باع نصيبه من الشجر على هذا.

ولو باع من غير شريكه ولم يفسخ حتى أدرك الزرع.. جاز لزوال المانع؛ كما لو باع الجذع في السقف ولم يفسخ البيع حتى أخرجه من البناء.. جاز.

ولو كان الزرع والأرض مشتركاً فباع نصف الأرض مع نصف الزرع من شريكه، أو أجنبي بغير رضاء شريكه.. جاز.

ثم بيع نصف الزرع بدون الأرض إنما لا يجوز في موضع كان لصاحب الزرع حق القرار بأن زرع في ملك نفسه؛ أما إذا كان متعدياً في الزراعة كالغاصب.. جاز بيع النصف، وكذا إذا باع نصف البناء بدون الأرض.

ولو كان الكل له فباع الأرض مع نصف الزرع [٨٧/أ].. لا يجوز، هكذا ذكره.

ثم قال نقلاً عن «الصغرى»: ولو باع نصف الزرع بدون الأرض؛ إن باع العامل من رب الأرض.. جاز، وعلى العكس.. لا يجوز.

ومما يتعلق بهذا الباب: مسائل البيع بالوفاء، وسماه بعض الفقهاء: «بيع الأمانة»، وصورته: أن يقول البائع للمشتري: «بعت منك هذا العين بدين لك علي، على أني متى قبضت الدين.. فهو لي»، أو يقول البائع: «بعتك هذا بكذا على أني متى دفعت لك الثمن.. تدفع العين إلي».

واختلفوا فيه على تسعة أقوال على ما ذكره الإمام البزازي.

الأول: أنه رهن حقيقة . واختاره صاحب المنظومة في فتاواه . فلا يملكه المشتري، ولا ينتفع به إلا بإذن البائع ويضمن ما أكل من نزله وأتلف من شجره، ويسقط الدين بهلاكه، ولا يضمن ما زاد؛ كالأمانة، ويسترد عند قضاء الدين؛ لأن الاعتبار لأغراض المتعاقدين، وهذا مختار السيد أبي شجاع وابنه والإمام علي السفدي و القاضي أبو الحسين الماتريدي.

والثاني: أنه بيع صحيح، ذكر الكشي عن علّامة سمرقند أنه قال: اتفق مشايخ الزمان على صحة هذا البيع؛ لأنهما تلفظا بلفظ البيع، ولا عبرة بمجرد النية بلا لفظ.

وأما ما يفعله البائع من التعمير وأداء الخراج في العرف المستمر.. فليس بطريق الجبر، حتى يدل على بقاء ملكه، بل بطريق الطوع والرضاء؛ إذ لا يجبر عليه بالتعمير وأداء الخراج؛ كما لا يجبر على ترك الوفاء، ويجعل البيع باتاً، ويكون للمشتري حق المطالبة في الثمن؛ فإن انهدمت الدار المبيعة.. لا يجبر البائع على رد الثمن؛ لأنه بمنزلة بيع جديد.

وقال «الزيلعي»: والفتوى: على أنه بيع جائز، مفيد لبعض أحكامه من حلّ الانتفاع، إلا أنه لا يملك بيعه من الغير.

والثالث: ما اختاره الإمام قاضي خان في «فتاواه»؛ حيث قال: والصحيح: أن العقد الذي جرى بينهما؛ إن كان بلفظ البيع.. لا يكون رهناً، ثم ينظر؛ إن ذكر الشرط

للفسخ في البيع.. فسد البيع، وإن لم يذكرا ذلك في البيع وتلفظا بلفظ البيع بشرط الوفاء، أو تلفظ بالبيع الجائز ـ وعندهما: هذا البيع عبارة عن بيع غير لازم ـ: فكذلك، وإن ذكر البيع من غير شرط، ثم ذكر الشرط على وجه المواعدة.. جاز البيع، ويلزمه الوفاء بالوعد؛ لأن المواعيد قد تكون لازمة فتجعل لازمة هنا لحاجة الناس. انتهى.

والرابع: ما قال في «العدة» واختاره الإمام ظهير الدين: أنه بيع فاسد، فلو تبايعا ثم قال أحدهما: هذا بيع بالوفاء، وقال الآخر: نعم.. لا يفسد، ولو شرطا الوفاء في العقد.. فسد، ولو شرطاه بعد العقد.. يلتحق بالعقد عند أبي حنيفة وهل يشترط بالمجلس [٨٧/ب] للالتحاق؟

ذكر الإمام السرخسي وأبو اليسر: أنه يشترط.

وفي «الإيضاح»: أنه لا يشترط، وهو الصحيح، على ما في «البزازي».

ولو شرطا الوفاء، ثم عقدا مطلقاً؛ إن لم يقرا بالبناء على الأول.. فالعقد صحيح، ولا عبرة بالسابق، على ما ذكره في «فوائد البرهان».

والخامس: ما اختاره أئمة خوارزم: أنه إذا أطلق البيع، لكن وكّل المشتري وكيلاً بفسخ البيع؛ إذا حضر البائع الثمن، أو عهد على أنه إذا أوفاه.. فسخ البيع، والثمن لا يعادل المبيع، وفيه غبن فاحش، أو وضع المشتري على أصل المال ربحاً بأن وضع على مائة وعشرين ديناراً فرهن، وإن كان بلا وضع.. ربح بمثل الثمن، أو بغبن يسير.. فبيع بات.

والسادس: ما اختاره الإمام الزاهد: إن الشرط إذا لم يذكر في البيع.. كان بيعاً صحيحاً: في حق المشتري حتى ملك الإنزال، ورهناً: في حق البائع، فلم يملك المشتري تحويل يده وملكه إلى غيره، وأجبر على الرد إذا أحضر الدين؛ لأنه كالزرافة مركب من البيع والرهن.

والسابع: أنه غير صحيح، واختاره صاحب «الهداية»: وأولاده، وعلاء الدين بدر ومشايخ زماننا، وعليه الفتوى، على ما في «البزازية»، أعني: لا يملك المشتري بيعه من الغير؛ كما في بيع المكره؛ كالبيع الفاسد بعد القبض.

والثامن: هو القول الجامع، قاله بعض المحققين: هو أنه:

فاسد في حق بعض الأحكام حتى ملك كلّ منهما الفسخ.

وصحيح في حق بعض الأحكام كحل الإنزال ومنافع المبيع.

ورهن في حق البعض حتى لم يملك المشتري بيعه من آخر، ولا رهنه ولم يملك قطع الشجر، ولا هدم البناء وسقط الدين بهلاكه، ويقسم الثمن إن دخله نقصان؛ كما في الرهن.

والتاسع: ما استقر عليه فتوى صاحب «الهداية» وأولاده ومشايخ العهد: أن الملك يثبت للمشتري في زائده، فلا يضمنه بالإتلاف، هذا مختصر ما في «البزازية» وليطلب تفصيله منها.

* * *

(فَصْلٌ)

قبضُ الْمُشْتَرِي الْمَبِيعَ بيعاً بَاطِلاً بِإِذن بَائِعه.. لَا يملُكهُ، وَهُوَ أَمَانَةٌ فِي يَدِهِ عِنْدِ الْبَعْضِ، ومضمونٌ عِنْد الْبَعْضِ.

وَقِيل: الأولُ: قَولُ الإِمَام، وَالثَّانِي: قَوْلُهمَا؛ أخذاً من الِاخْتِلَافِ فِيمَا لَو بيَع مُدبرٌ أَو أمُّ ولدٍ فَمَاتَ فِي يَدِ مُشْتَرِيه؛ حَيْثُ لَا يُضمنُ عِنْدَه، خلافاً لَهما.

وَلَو قبضَ الْمَبِيعَ بيعاً فَاسِداً بِإِذنِ بَائِعِهِ صَرِيحاً أَو دلَالَةً؛ كقبضِه فِي مجْلِسِ عقدِهِ، ....

(فَصْلٌ)

في أَحْكَامِ البَيْعِ الفَاسِدِ وَالبَاطِلِ وَالمَكْرُوه

(قبض المشتري المبيع بيعاً باطلاً بإذن بائعه.. لا يملكه) مطلقاً، أي: تصرفاً ولا رقبة.

(وهو أمانة في يده عند البعض)، وهو رواية الحسن عن أبي حنيفة.

(ومضمون) عليه (عند البعض)، وهو رواية ابن سماعة عن محمد، واختاره الإمام السرخسي؛ لأنه لا يكون أدنى حالاً من المقبوض على سوم الشراء، بل أعلى منه؛ لوجود صورة العلة ههنا دون المقبوض على سوم الشراء، وفيه القيمة، فكذا ههنا.

(وقيل) - قائله محمد بن سلمة البلخي -: (الأول: قول الإمام، والثاني: قولهما؛ أخذا من الاختلاف فيما لو بيع مدبّر أو أم ولد فمات في يد مشتريه؛ حيث لا يضمن عنده خلافاً لهما).

وهو رواية عن الإمام في رواية صاحب «الهداية».

وقيل: الروايتان [١/٨٨] عن الإمام في حق المدبر. وأما في حق أم الولد.. فاتفقت الروايات عنه أنها لا تضمن بالبيع والغصب؛ إذ لا تقوم لماليتها.

(ولو قبض المبيع بيعاً فاسداً بإذن بائعه صريحاً أو دلالة؛ كقبضه في مجلس

وكلٌّ من عوضيه مَالٌ.. ملكَهُ، ....

عقده) بحضرة البائع؛ هذا مثال للإذن دلالةً، ولا بد له من القبض بحضرة البائع، بخلاف الإذن صريحاً؛ فإنه يفيد الملك مطلقاً؛ سواء قبضه بحضرة البائع، أو لا، على ما في «العناية».

وقال في «الإيضاح»: إن ما قبضه بغير إذن البائع صريحاً في الفاسد.. فهو كما لو يقبضه.

والصحيح: ما في الكتاب؛ لأن البيع تسليط من البائع على القبض؛ فإذا قبضه بحضرته قبل الافتراق ولم ينهه.. كان بحكم التسليط السابق، فيكتفى به كما في القبض في الهبة.

(**وكل من عوضيه مال**)، وإنما اشترط ذلك لتحقق ركن البيع، وهو مبادلة المال بالمال، فالبيع بما ليس بمال كالميتة والدم والحر والربح الذي نهب سواء جعل ثمناً أو مثمناً .. باطل لا يفيد الملك بالقبض، وكذا البيع بنفي الثمن.. لا يفيد الملك؛ لكونه باطلاً؛ لعدم الركن.

(**ملكه**) باتفاق مشايخنا؛ إن قبضه في المجلس، حتى لو باع جارية بيعاً فاسداً، فقال البائع بعدما قبضها المشتري: هي حرة.. لا تعتق؛ لأن إعتاق البائع صادف ملك المشتري؛ فإن قال مرة أخرى: هي حرة.. عتقت؛ لأن الكلام الأول كان فسخاً إذا كان بمحضر من المشتري؛ فإذا قال بعد ذلك: هي حرّة.. فالكلام الثاني صادفها بعدما عادت إلى ملكه فعتقت، وإن لم يكن الكلام الأول بمحضر من المشتري.. لا يصح الكلام الثاني؛ لأنه لا يملك الفسخ بغير محضر من صاحبه إذا كان بعد القبض؛ فإن كان قبل القبض.. فكل واحد منهما ينفرد بالفسخ بمحضر من صاحبه على ما في «قاضي خان».

وأما إذا قبضه بعد الافتراق عن المجلس بغير إذن البائع.. ففيه تفصيل ذكرناه في أول البيع الفاسد.

ولو ردّه المشتري بعد القبض على بائعه.. هل يبقى البيع السابق أو يبطل؟

ففي «القنية» بعلامة «ص»: وكل مبيع ببيع فاسد رده المشتري على البائع بهبة أو صدقة أو بيع أو بوجه من الوجوه؛ كالوديعة والإعارة والإجارة بالغصب والشراء، أو وقع في يد البائع.. فهو متاركة للبيع، ويبرئ المشتري من ضمانه «حص».

قال أبو يوسف: إذا أودعه البائع على بيع فاسداً، أو إعارة أو هبة، أو أجره إياه أو غصبه البائع أو اشتراه بعوض.. فهذا كله باطل، وقد انتقضت العقدة الأولى وبرئ المشتري من ضمانه، وهو بمنزلة رده عليه، هذا مما لا بد من حفظه، كذا في شرح ظهير الدين.

وفي «القنية» أيضاً: ردّه المشتري بفساد البيع، فلم يقبله البائع، فأعاده المشتري [٨٨/ب] إلى منزله، فهلك عنده.. لا يلزمه الثمن ولا القيمة.

وكذا الغاصب ردّ المغصوب إلى المغصوب منه فلم يقبله، فحمله الغاصب إلى منزله فضاع عنده.. لا يضمن، ولا يتجدد الغصب بالحمل إلى منزله إذا لم يضعه عند المالك؛ لأنه صار أمانة؛ فإن وضعه بحيث تناوله يده، ثم حمله إلى منزله فضاع.. يضمن.

وقال ابن سلام: إن كان فساد البيع متفقاً.. برئ المشتري وإن لم يقبله البائع، وإن كان مختلفاً.. لا يبرأ إلا بقبوله أو بقضاء القاضي.

وقال أبو بكر الإسكاف: يبرأ في الوجهين.

واعلم: أنهم اختلفوا في أن المشتري هل يملك عين ما قبضه في البيع الفاسد أو يملك تصرفه فقط؟

فذهب البلخيون إلى الأول، واستدلوا عليه بما إذا اشترى داراً شراءً فاسداً، أو قبضها فبيع بجنبها دار.. فللمشتري أن يأخذها بالشفعة لنفسه، ولو اشترى جارية شراءً فاسداً وقبضها، ثم ردها على البائع.. وجب على البائع الاستبراء.

ولو باع الأب أو الوصي عبد يتيم بيعاً فاسداً وقبض المشتري، ثم أعتقه.. نفذ عتقه.

وذهب العراقيون إلى الثاني، واستدلوا عليه بأنه لو ملك العين.. لجاز للمشتري وطء جارية اشتراها شراءً فاسداً، ولجاز أخذ الشفعة للشفيع في الدار المشتراة شراءً فاسداً، ولحلّ أكل طعام اشتراه شراءً فاسداً.. وليس كذلك.

لا يقال: هذا مناف لما في «قاضي خان»: رجل اشترى داراً شراءً فاسداً وقبضها فخربت عنده خراباً فاحشاً، ثم خاصمه البائع إلى القاضي، فقضى القاضي للبائع بقيمة الدار يوم قبض المشتري.. كان للشفيع أن يأخذها من المشتري بتلك القيمة. انتهى.

حيث حكم بأخذ الشفعة للشفيع في المبيع بيعاً فاسداً؛ لأنا نقول: أخذ الشفعة إنما هو لأجل الحكم بقيمة الدار، لا لأجل الملك بالبيع الفاسد.

قالوا: والأصح مذهب البلخيين، والجواب عن العراقيين مرَّ في أول البيع الفاسد.

وقال الشافعي: القبض في البيع الفاسد لا يفيد الملك أصلاً؛ لأنه محظور التناول.. فلا تنال به نعمة الملك، ولأن النهي فسخ للمشروعية، ولهذا لا يفيده قبل القبض، فصار كالبيع بالميتة، وبيع الخمر بالدراهم.

قلنا: إن ركنه صدر من أهله مضافاً إلى محله فيفيد الملك، والنهي يقرر المشروعية في المنهي عنه عندنا؛ لأنه يجب أن يكون متصور الوجود؛ بحيث لو أقدم عليه يوجد؛ حتى يكون العبد مبتلىً بين أن يقدم عليه فيعاقب، وبين أن يكف عنه فيثاب، فنفس البيع مشروع بأصله فينال به نعمة الملك، لكن لا بد فيه من قبح لما فيه من النهي؛ فجعلناه في وصفه المجاور؛ كما في البيع وقت النداء [٨٩/أ]، لا في عين المنهي عنه.

وإنما لا يثبت الملك قبل القبض كي لا يؤدي إلى تقرير الفساد؛ لأنه لو ثبت الملك قبل القبض.. لوجب التسليم والتسلّم، فيتقرّر الفساد الذي كان واجب الدفع بالاسترداد بعد القبض، فبالامتناع عن المطالبة قبل القبض: أولى منه؛ لأن الدفع أسهل من الرفع، والبيع بالميتة، وبيع الخمر بالثمن: باطل.. فلا يقاس عليه.

ثم اعلم أن المشتري في البيع الفاسد يصير قابضاً بالتخلية - على الصحيح - كما في الجائز على ما صرّح به في «الجامع الكبير» و«قاضي خان».

وقال في «الخلاصة» نقلاً عن «التجريد»: تسليم المبيع: أن يخلي بينه وبين المبيع على وجه يتمكن من قبضه من غير حائل، وكذا تسليم الثمن، خلافاً للشافعي، ثم نقل عن «الأجناس» وقال: يعتبر في صحة التسليم ثلاثة معان:

أحدها: أن يقول البائع: «خلّيت بينك وبين المبيع».

الثاني: أن يكون المبيع بحضرة المشتري على صفة يتأتى فيه الفعل من غير مانع.

الثالث: أن يكون مفرزاً غير مشغول بحق غيره.

وكان أبو حنيفة يقول: القبض أن يقول البائع: «قد خليت بينك وبين المبيع فاقبضه»، ويقول المشتري وهو عند البائع: «قد قبضته».

فإن أخذ برأسه وصاحبه عنده وقاده.. فهو قبض؛ سواء كان دابةً أو بعيراً، أو كان غلاماً أو جاريةً فقال له المشتري: تعال معي، أو امش معي فتخطى معه.. فهو قبض، وكذا لو أرسله في حاجة.

وفي الثوب: إن أخذه بيده أو خلّى بينه وبينه وهو موضوع على الأرض فقال: «قد خلّيت بينك وبينه فاقبضه»، فقال المشتري: «قد قبضته».. فهو قبض.

ولو اشترى حنطة في بيت، ودفع البائع المفتاح إليه وقال: «قد خلّيت بينك وبينها».. فهو قبض.

وإن دفع المفتاح لا يقول شيئاً.. لم يكن قبضاً.

ولو باع داراً وهي غائبة، فقال البائع «سلمتها إليك»، وقال المشتري: «قبضتها».. لم يكن قبضاً.

وإن كانت قريبة.. كان قبضاً؛ لأن التخلية قامت مقام القبض عند التمكن.

والفاصل بينهما: إن كانت الدار بحال يقدر على إغلاقها.. كانت قريبة وإلا.. كانت بعيدة.

وفي «المحيط»: بالتخلية يقع القبض، وإن كان المعقود عليه يبعد عنهما.

قال شمس الأئمة الحلواني: ذكر في «النوادر»: أن الرجل إذا باع ضيعة وخلّى بينها وبين المشتري؛ إن كان يقرب من الضيعة.. يصير المشتري قابضاً، وإن كان يبعد عنها.. لا يصير المشتري قابضاً، والناس عنها غافلون؛ فإنهم يشترون الضيعة في السواد ويقرون بالتسليم والقبض، وذلك مما لا يصح به القبض.

وكذا لو اشترى بقراً في السرح، فقال البائع: «اذهب واقبض»، إن كان يرى [٨٩/ب] بحيث يمكنه الإشارة إليه.. يكون قبضاً، ولو باع خلّا في دنٍّ وخلَّى بينه وبين المشتري في دار نفسه وختم المشتري على الدن.. فهو قبض؛ كما اشترى حنطة وقال للبائع: كِلْها في غرائرك؛ فإن كان الجوالق المستعارة بعينها.. صار المشتري بالكيل فيه قابضاً، وإن كان بغير عينها نحو أن يقول أعرني جوالق وكِلْ فيه فكال والمشتري حاضر.. صار قابضاً، لكن هذا قول أبي يوسف.

وعند محمد: لا يصير قابضاً. إلى هنا كلام «الخلاصة».

وقال في «قاضي خان»: إن التخلية في البيع الجائز تكون قبضاً، وفي البيع الفاسد: روايتان، والصحيح: أنه قبض.

ثم قال: ولو باع تمراً على النخل، أو خلى بينه وبين المشتري.. صار المشتري قابضاً.

وَلَزِمَه لهلاكه مثلُه حَقِيقَةً أَو معنى، كالقيمةِ فِي القيميّ.

وَلكُلٍّ مِنْهُمَا ....

ولو باع داراً وسلمها إلى المشتري وفيها قليل متاع للبائع.. لم يكن تسليماً حتى سلمها فارغة، وإن أودع المتاع عند المشتري وأذن للمشتري بقبض الدار والمتاع جميعاً.. صح التسليم؛ لأن الكل في يد المشتري.

ولو باع داراً ليست بحضرتهما، فقال البائع: سلمتها إليك، وقال المشتري: قبلت.. ففي ظاهر الرواية: إن التخلية في الدور والعقار لا تكون قبضاً إلا بقرب منها.

وذكر في «النوادر»: إذا قال البائع للمشتري: سلمتها إليك، وقال المشتري: قبلت، والدار ليست بحضرتهما.. يصير المشتري قابضاً في قول أبي حنيفة.

والصحيح: ما ذكر في ظاهر الرواية؛ لأنه إذا كان قريباً.. يتصور فيه القبض الحقيقي فتقام التخلية مقام القبض.

وأما إذا كان بعيداً.. فلا يتصور القبض الحقيقي في الحال، فلا تقام التخلية مقام القبض، هكذا ذكره.

(ولزمه) أي: المشتري؛ **(لهلاكه)** أي: هلاك ما قبضه **(مثله حقيقة)** في المثليات كالمكيلات والموزونات والعدديات المتقاربة.

(أو معنى) في القيمي؛ لأنه مضمون عليه بنفسه بالقبض، فشابه الغصب، والحكم فيه كذلك، فكذا هنا.

(كالقيمة في القيمي) كالحيوان والعدديات المتفاوتة.

والمعتبر: قيمته يوم القبض وإن زادت قيمته في يده فأتلفه؛ لأنه دخل في ضمانه القبض، فلا يعتبر كالمغصوب، على ما في «الكافي».

وعن محمد: أنه يعتبر قيمته يوم أتلفه.

(ولكل منهما)؛ أي: يجب على كلّ منهما؛ لما في «البحر»: أن فعله معصية، عليه التوبة منها.

فَسخُه قبلَ الْقَبْضِ وَبعدَه مَا دَامَ فِي مِلْك الْمُشْتَرِي إِذا كَانَ الْفسادُ فِي صلبِ العقدِ؛ كَبيعِ دِرْهَمٍ بِدِرْهَمَيْنِ.

وَإِن كَانَ بشرط زَائِدٍ كَشَرطِ أَنْ يُهديَ لَهُ هَدِيَّةً.. فَكَذَا قبَل الْقَبْض.

وَأمّا بعدَه.. فالفسخُ لمنْ لَهُ الشَّرْطُ، لَا لمَنْ عَلَيْهِ.

وقال في «الخلاصة»: إن الملك وإن كان يثبت في البيع الفاسد عند اتصال القبض به عندنا، إلا أنه مستحق النقض إعداماً للفساد، ولهذا قلنا: يكره للمشتري أن يتصرف فيه بتمليك أو انتفاع. انتهى.

ومراده بالكراهة: كراهة تحريم لما ذكرناه من «البحر».

(**فسخه قبل القبض**)؛ أي: بالامتناع ؛ دفعاً لتقرر الفساد.

(**وبعده**)؛ أي: بالاسترداد؛ دفعاً لما تقرر من الفساد [٩٠/أ].

(**ما دام في ملك المشتري**)؛ لأنه لو أخرج عن ملكه بالبيع أو الهبة أو الإعتاق.. سقط حق الفسخ على ما سيصرح به.

(**إذا كان الفساد في صلب العقد كبيع درهم بدرهمين**)؛ أي: في أحد البدلين.. فإنه حينئذ يفسخ بحضرة صاحبه عند أبي حنيفة ومحمد، وبحضرته وغيبته عند أبي يوسف؛ لقوة الفاسد، كذا في «العناية».

(**وإن كان**) الفاسد (**بشرط زائد**) ينتفع به أحد العاقدين؛ (**كشرط أن يهدي له هدية**)، أو يعرض له، أو البيع إلى النيروز، أو إلى العطاء ونحوه (.. **فكذا**)؛ أي: يفسخ كل منهما (**قبل القبض**) لما ذكرناه.

(**وأما بعده.. فالفسخ لمن له الشرط لا لمن عليه**) إن كان المبيع قائماً في يد المشتري.

وهذا لأن العقد قوي، فكان الواجب أن لا يكون لأحد حق الفسخ، لكن الرضا لم يتحقق في حق من له الشرط.. فله أن يفسخه.

وفي «الخلاصة» نقلاً عن «التجريد»: إن هذا قول محمد؛ أما عندهما: فلكل

واحد منهما حق الفسخ؛ لأنه لحق الشرع، فانتفى اللزوم عن العقد، وفي العقد الغير اللازم يتمكن كل واحد من المتعاقدين فسخه.

وهل يشترط قضاء القاضي في فسخ العقد الفاسد؟ وهل يبطل حق الفسخ بموت أحدهما؟

ففي «الخلاصة» عن «الجامع الصغير»: أنه لا يشترط، ولا يبطل حق الفسخ بموت البائع، ولا بموت المشتري، وبه يفتى.

وهذا؛ أعني: أن لكل منهما فسخه قبل القبض وبعده ما دام في ملك المشتري.. إذا لم يزد في يد المشتري ولم ينتقص؛ فإن ازداد.. لا يخلو:

إما إن كانت متصلة أو منفصلة، وكل واحد منهما على وجهين:

إما أن تكون متصلة متولدة من الأصل كالكبر والسمن والجمال، أو غير متولدة كالصبغ في الثوب، والسمن في السويق، والبناء في الساحة.

والمنفصلة المتولدة من الأصل؛ كالولد والعقر والأرش والثمر والصوف.

وغير المتولدة من الأصل؛ كالكسب والغلة والهبة والصدقة.

فإن كانت الزيادة متصلة متولدة من الأصل.. فإنها لا تمنع الرد والفسخ؛ كما في الغصب.

وإن كانت متصلة غير متولدة.. فإنه ينقطع حق البائع لحق المشتري، حتى لو رضي المشتري يفسخ.

وفي كل موضع انقطع حق البائع.. تقرر عليه القيمة أو المثل.

وكذا لو كان ثوباً فقطعه وخاطه، أو كان قطناً فغزله، أو غزلاً فنسجه، أو حنطة فطحنها.. انقطع حق البائع إلى القيمة أو إلى المثل.

وإن كانت الزيادة منفصلة: إن كانت متولدة من الأصل كالولد.. فإنها لا تمنع الرد، وله أن يردهما جميعاً.

وَلَا يَأْخُذهُ البَائِعُ حَتَّى يرِّد ثمَنه، ....

ولو كانت الولادة نقصتها.. انجبر النقصان بالحادث إن كان به وفاء عندنا.

ولو هلكت هذه الزوائد في يد المشتري.. لا يضمن الغصب ويغرم نقصان [٩٠/ب] الولادة.

ولو استهلك المشتري هذه الزوائد.. يضمن.

ولو هلك المبيع والزيادة قائمة.. فللبائع أن يسترد الزيادة ويأخذ من المشتري قيمة المبيع وقت القبض.

ولو كانت الزيادة منفصلة غير متولدة كالهبة.. فللبائع أن يسترد المبيع مع هذه الزيادة، ولا تطيب له.

فإن هلكت الزيادة في يد المشتري.. لا يضمن.

وإن استهلكها.. فكذلك عند أبي حنيفة، وعندهما: يضمن.

ولو استهلك المبيع والزوائد قائمة في يد المشتري.. تقرر عليه ضمان المبيع، وبقيت الزوائد للمشتري، بخلاف الزوائد المتولدة.

وأما إذا انتقص المبيع في يد المشتري؛ إن كان النقصان بآفة سماوية.. فللبائع أن يأخذه مع أرش النقصان، وكذا إذا كان النقصان بفعل المشتري أو بفعل المعقود عليه.

وإن كان بفعل الأجنبي.. فالبائع بالخيار في الأرش إن شاء.. أخذه من الجاني والجاني لا يرجع على المشتري، وإن شاء.. اتبع المشتري والمشتري يرجع على الجاني؛ كما في الغصب، كذا في «الخلاصة» نقلاً عن «شرح الطحاوي». (**ولا يأخذه البائع حتى يرد**) إلى المشتري (**ثمنه**)؛ أي: ما أخذه في مقابلة المبيع عرضاً أو نقداً؛ لأن المبيع صار محبوساً به، فكان له ولاية أن لا يدفع إلى أن يأخذ ثمنه كما في الرهن، إلا أن الرهن مضمون بقدر الدين لا غير، وههنا: المبيع مضمون بجميع قيمته كما في الغصب.

وكذا الحكم في الإجارة الفاسدة إذا نقد الأجرة على ما في «العناية».

وقال في «قاضي خان»: ولو اشترى من مديونه شيئاً شراءً فاسداً، ثم تناقضا البيع الفاسد.. لا يكون للمشتري أن يحبس المبيع؛ لاستيفاء ما كان له على البائع من الدين.

[ولو كان البيع جائزاً أو الإجارة جائزة ثم انفسخ البيع بينهما بوجه][1].. كان للمشتري أن يحبس المبيع حتى يستوفي الدين الذي كان له على البائع.

ووجه الفرق بينهما على ما ذكره في «البزازية»: أن في البيع الصحيح: حصل الفسخ بعد قبض الثمن.. فيملك حبس المبيع، وفي الفاسد: حصل الفسخ قبل قبض الثمن.. فلا يملك حبس المبيع.

بيانه: أن البيع وقع بمثل الدين في الصحيح، فصار المشتري مديون البائع أيضاً، وآخر الدينين قضاء عن الأول، فتقاصا، فصار قابضاً بالمقاصَّة، والبيع الفاسد لا يلزم ثمناً، فلا مقاصَّة فيه، وكان الدين الأول قائماً، والمبيع لم يقابله، فلا يملك الحبس كما قبل الشراء.

ولهذا قلنا: لو مات البائع في الفاسد وعليه ديون كثيرة.. لا يملك المشتري فاسداً أن يستبد بالمبيع، بل يتخاصمه الغرماء، ويكون كواحد منهم فيه، بخلاف المشتري صحيحاً والعين بعد الفسخ في يده للثمن؛ حيث يكون أحق من الغرماء. انتهى كلام «البزازية» [٩١/أ].

وقوله: «لا يملك المشتري فاسداً: أن يستبد بالمبيع، بل يتخاصمه الغرماء»: محمول على ما إذا لم يقبض البائع الثمن من المشتري، وإلا.. فالمشتري بعد قبض البائع الثمن منه أحق بالمبيع من الغرماء والورثة، وإليه أشار بقوله:

---

(١) نقص في المخطوط، تم استدراكه من «فتاوى قاضي خان» (٨٥/٢).

فَإِن مَاتَ البَائِعُ.. فَالْمُشْتَرِي أَحَقُّ بِهِ حَتَّى يَأْخُذَ ثمنَه، وطابَ للْبَائِعِ ربحُ ثمنِه بعدَ التَّقَابُض، لَا للْمُشْتَرِي ربحُ مبيعِه، فَيَتَصَدَّقُ بِهِ، ....

(**فإن مات البائع**) قبل رد الثمن الذي قبضه من المشتري (.. **فالمشتري أحق به**)؛ أي: بما قبضه شراءً فاسداً من غرمائه وورثته (**حتى يأخذ ثمنه**)؛ لأنه يقدم عليه حال حياته، فكذا يقدم على غرمائه وورثته بعد وفاته؛ كالمرتهن؛ فإن الراهن إذا مات.. فالمرتهن أحق بالرهن حتى يستوفي الدين، إلا أن الرهن مضمون بقدر الدين، والمشتري فاسداً مضمون بقدر ما أعطى، فما فضل.. فللغرماء.

وكالمستأجر؛ فإن له أن يحبس ما استأجر حتى يأخذ الأجرة التي دفعها إلى المؤجر.

ثم إن كانت دراهم الثمن التي دفعها قائمة بعينها.. يأخذها المشتري بعينها؛ لأنها تتعين في البيع الفاسد على الأصح، خلافاً لما ذكره أبو حفص: أنها لا تتعين؛ كما في البيع الصحيح.

وإن كانت مستهلكة.. ففي «الهداية»: أنه يأخذ مثلها؛ لكونها بمنزلة المغصوبة.

وذكر في «الفوائد الظهيرية» وفخر الإسلام: أنه يباع المبيع لحق المشتري؛ فإن فضل شيء عما دفعه.. يصرف إلى الغرماء، كذا ذكره في «فتح القدير».

ثم قال: ولا شك أنه غير لازم؛ لأن الواجب له بعد الاستهلاك مثل حصة المستهلك، وهو الدرهم.

(**وطاب للبائع ربح ثمنه بعد التقابض، لا للمشتري ربح مبيعه، فيتصدق به**).

اشترى جارية شراءً فاسداً بدراهم أو دنانير، وتقابضا، فباعها المشتري وربح كل منهما فيما قبض.. طاب للبائع ما ربح في الثمن، ولا يطيب للمشتري ما ربح فيها، بل يتصدق؛ لأن الخبث نوعان:

خبث لعدم الملك، وخبث لفساد الملك.

والمال نوعان: ما يتعين بالتعيين كالعروض، وما لا يتعين به كالنقود.

كَمَا طَابَ ربحُ مالٍ ادَّعَاهُ فقضي ثـمَّ تَصَادقا على عَدمه، فَرُدَّ بعدمَا ربَح فِيهِ الْمُدَّعِي فإِن باع المُشْتَرِي مَا اشْتَرَاهُ شِرَاءً فَاسِداً.. صَحَّ.

والخبث لعدم الملك يعمل في النوعين؛ كالغاصب إذا تصرف فيما غصب من العرض أو النقد وربح فيهما.. فإنه لا يطيب عند أبي حنيفة ومحمد؛ لتعلق العقد بمال الغير، فتتمكن حقيقة الخبث فيما يتعين، وشبهة الخبث فيما لا يتعين، والشبهة ملحقة بالحقيقة في الحرمة؛ لأنه ﷺ نهى عن الربا والريبة.. فلا يطيب الربح فيهما.

وأما الخبث لفساد في الملك.. فيعمل فيما يتعين، لا فيما لا يتعين، ففيما نحن فيه: الجارية متعينة في العقد، فتكون فيه خبث لفساد الملك، وفي فساد الملك شبهة عدم الملك، فتكون ملحقة بحقيقة عدم الملك.

وأما الدراهم والدنانير.. فغير متعين [٩١/ب] في العقد، ولو كان متعيناً.. كان فيه شبهة الخبث؛ لفساد الملك، فعند عدم التعين يكون في تعلق العقد به شبهة، فيكون فيه شبهة الشبهة، ولا اعتبار بها.

(كما طاب ربح مال ادعاه فقضي ثمَّ تصادقا على عدمه)؛ أي: ادعى المدعى عليه ذلك المال، ثم ادعى (فرد بعدما ربح فيه المدعي): ادعى على رجل مالاً، وأدى به، فربح فيه المدعي، ثم تصادقا على أن هذا المال لم يكن على المدعى عليه.. فالربح طيب له؛ لأن المال المقضي به بدل الدين الذي هو حق المدعي، والمدعي باع دينه بما أخذ؛ فإذا تصادقا على عدم الدين.. صار كأنه استحق ملك البائع، وبدل المستحق مملوك ملكاً فاسداً، فيكون البيع في حق البدل فاسداً، فلا يؤثر الخبيث لفساد الملك فيما لا يتعين بالتعيين.

(فإن باع المشتري ما شراه شراءً فاسداً صح)؛ أي: نفذ بيعه، بخلاف ما لو أجر صحيحاً ما استأجره فاسداً؛ فإن الثاني من الإجارة لا ينفذ، حتى للمؤجر الأول نقض الثانية.

وكذا لو اشترى من المكره وباعه صحيحاً.. لا ينفذ البيع الثاني، حتى للمكره نقض البيع الثاني؛ كما في «الأشباه».

وَكَذَا لَو أَعْتقهُ، أَو وهبَهُ وَسلَّمهُ، وَسقطَ حقُّ الْفَسْخِ ....

وكذا لو اشترى من الوصي عقار اليتيم وقد كان باعه الوصي بلا مسوغ شرعي فباعه المشتري من آخر بيعاً صحيحاً.. فإن الثاني لا ينفذ؛ كما في «فتاوى الغزي».

قلت: وكذا الحال في كل ما باع.. اشتراه باطلاً؛ كشراء مال اليتيم من الوصي بغبن فاحش؛ فإنه باطل.

(**وكذا لو أعتقه**) أو دبره أو أوصاه لشخص، ثم مات أو كاتبه أو رهنه، إلا أن حق الاسترداد يعود؛ لعجز المكاتب، وفك الرهن؛ لزوال المانع وهو تعلق حق العبد.

(**أو وهبه وسلمه**)؛ لأنه ملكه بالقبض فيملك التصرف فيه.

فإن قيل: المبيع لو كان من المأكولات.. لم يحل أكله، ولو كان جارية.. لم يحل وطؤها، ولو كان داراً.. لا شفعة فيه للشفيع: فلم يملك التصرف فيه مطلقاً.

قلنا: اللوازم كلها ممنوعة:

بما نص عليه محمد في الاستحسان: أن يحلّ له تناول الطعام؛ لأن البائع سلّطه على ذلك.

وبما صرّح به شمس الأئمة الحلواني: أن وطء المشتراة شراءً فاسداً لا يحرم، بل يكره، وأن الشفعة إنما تجب بانقطاع حق البائع، ولم ينقطع فيما نحن فيه؛ لفساد البيع، وقد ذكرناه في أول البيع الفاسد.

(**وسقط حق الفسخ**)، فلا يسترد البائع؛ لتعلق حق العبد، وهو المشتري الثاني والموهوب له والعبد المعتق، ونقض البيع الأول: إنما هو لحق الشرع، وحق العبد مقدم عليه؛ لاحتياج العبد.

بخلاف الإجارة والتزويج وموت المشتري وورث وارثه المشتري؛ حيث لم يسقط فيها حق الفسخ وإن تعلق به حق العبد.

وَعَلَيهِ قِيمَته.

وَلَو بنى فِي دَارٍ اشْتَرَاهَا فَاسِداً أَو غرسَ.. فَعَلَيهِ قيمتُهَا.

وَقَالا: يُنْقضُ الْبناءُ وَالْغَرْسُ وَتُردُّ، ....

لأن الإجارة عقد ضعيف يفسخ بالأعذار، ومن أقوى الأعذار [٩٢/أ]: فساد الشراء.

والتزويج يشبه الإجارة؛ لوروده على المنفعة، والبيع يرد على الرقبة، والفسخ كذلك، فتعلُّقُ حق الزوج بالمنفعة لا يمنع الفسخ على الرقبة، والنكاح على حاله قائم.

وملك الوارث في حكم عين ما كان للمورث، ولهذا يرد بالعيب، ويرد عليه به، وذلك الملك كان مستحق النقض فانتقل إلى الوارث كذلك، حتى لو مات البائع.. كان لوارثه أن يسترد المبيع من المشتري لحق الفساد.

(وعليه)؛ أي: على المشتري (قيمته) في هذه التصرفات؛ لأنه مضمون عليه بالقبض، فشابه الغصب، وفيه القيمة.

(**ولو بنى في دار شراها فاسداً أو غرس**) أشجاراً في أرض اشتراها فاسداً (.. **فعليه قيمتها**) عند أبي حنيفة، وأبو يوسف معه في قوله الآخر.

(**وقالا: ينقض البناء والغرس وترد**)؛ لأن حق الشفيع أضعف من حق البائع، وحق الشفيع لا يبطل بشيء من البناء والغرس، فحق البائع أولى منه.

ولأبي حنيفة: أن البناء والغرس قد حصل للمشتري بتسليطه من جهة البائع فينقطع حق استرداده؛ كالبيع الحاصل من المشتري.

بخلاف الشفيع؛ إذ التسليط لم يوجد منه، ولهذا لو وهبها المشتري.. لم يبطل حق الشفيع، وكذا لو باعها من آخر.. فإنه يؤخذ بالشفعة بالبيع الثاني بالثمن، أو بالبيع الثاني بالقيمة؛ لأن حق البائع قد انقطع ههنا، وإذا ثبت هذا.. كان للشفيع أن يأخذها بالشفعة؛ لانقطاع حق البائع في الاسترداد بالبناء فينقض الشفيع البناء.

وَشكَّ أَبُو يُوسُفَ فِي رِوَايَتِه لمُحَمدٍ عَنِ الإِمَامِ لُزُومَ قيمتهَا، وَلَم يشكَّ مُحَمَّدٌ.

وَكُرِه النَّجَشُ والسومُ على سومِ غَيرِهِ إِذا رَضِيا بِثمنٍ.

فإن قيل: إذا نقض البناء لحق الشفيع.. ينبغي أن يعود حق البائع في الاسترداد؛ لوجود المقتضي وهو العقد الفاسد، وانتفاء المانع وهو البناء؛ كما إذا باع المشترى شراءً فاسداً بيعاً صحيحاً ورد عليه المبيع بما هو فسخ.

قلنا: يمنعه مانع آخر، وهو ثبوت الملك للشفيع، وهذا ينزع إلى تخصيص العلة والمخلص معروف.

(**وشك أبو يوسف في روايته لمحمد عن الإمام لزوم قيمتها**)؛ حيث قال له: ما رويت عن أبي حنيفة: أنه يأخذ قيمتها، وإنما رويت لك أن ينقض البناء.

(**ولم يشك محمد**)؛ حيث قال له: بل رويت لي عنه: أن يأخذ قيمتها، وفيه إشارة إلى أن الشك في روايته عن أبي حنيفة، لا في مذهب أبي حنيفة؛ فإن مذهبه لزوم القيمة بلا شك.

(**وكره النجش**) - بفتحتين -: وهو أن يزيد الرجل في الثمن ولا يريد الشراء؛ لترغيب غيره، ويجري في النكاح وغيره، والنبي ﷺ نهى عنه بقوله: «لا تناجشوا»، ولأن فيه إيقاع رجل فيه بأكثر من الثمن وهو خداع قبيح، حتى لو كان الراغب في السلعة يطلبها بالنقص من ثمنها فزاده [٩٢/ب] شخص لا يريد الشراء إلى ما بلغ تمام قيمتها.. لا يكون مكروهاً على ما في «العناية».

(**والسوم على سوم غيره**)، لقوله ﷺ: «لا يستام الرجل على سوم أخيه، ولا يخطب على خطبة أخيه»، وهو نفي في معنى النهي، فيفيد المشروعية بأصله (**إذا رضيا بثمن**).

وأما إذا لم يرض البائع بالثمن.. فلا يكره؛ لأنه بيع من يريد وهو جائز.

وتلقي الجَلَبِ المضِر بِأَهْل الْبَلَدِ.

وَبيعُ الْحَاضِرِ للبادي؛ طَمَعاً فِي غلاءِ الثّمنِ زَمَن الْقَحْطِ.

وَالْبيعُ عِنْدَ أذانِ الْجُمُعَةِ.

لَا بيعُ من يزيدُ.

وَصَحَّ البيعُ فِي الْجَمِيعِ.

(و) كره (**تلقي الجلب**)؛ أي: المجلوب (**المضر بأهل البلد**) بأن كانوا في قحط وضيق، وإن كانوا على سعة؛ فإن لبّس السعر على الواردين للمصر.. فهو أيضاً مكروه؛ لأنه غادر بهم، وإلا.. فلا بأس به.

(و) كره أيضاً (**بيع الحاضر**)؛ أي: أهل المصر الطعام (**للبادي**)؛ أي: لأهل البادية امتناعاً من أهل المصر (**طمعاً في غلاء الثمن**) في البادية، وذلك للنهي عنه، ولكن هذا في (**زمن القحط**)؛ لتضررهم بذلك، بخلاف زمن السعة؛ لعدم تضررهم فيها.

(و) كره (**البيع عند أذان الجمعة**)؛ المراد: الأذان الأول بعد الزوال، على ما تقدم في كتاب الصلاة، وهذا لقوله تعالى: ﴿وَذَرُوا ٱلْبَيْعَ﴾، ولأن فيه إخلالاً بالواجب وهو السعي إلى الجمعة إذا قعدا أو وقفا عند البيع، بخلاف ما إذا تبايعا يمشيان؛ لعدم الإخلال فيه بالواجب.. فلا كراهة فيه.

(**لا**) يكره (**بيع من يزيد**)؛ لما رواه أنس بن مالك: أن النبي ﷺ باع قدحاً بَيْعَ مَن يزيد؟ وهو ما إذا تبايع الرجلان ولم يرض البائع الثمن ويجيء شخص ويزيد في ثمنه ليشتريه.

(**وصح البيع في الجميع**)؛ أي: من قوله: «وكره النجش..» إلى هنا؛ لأن القبح فيها ليس في صلب العقد حتى يكون باطلاً، ولا في شرط الصحة حتى يكون فاسداً، بل في أمر خارج مجاور فيكره.

وَمن مَلَكَ مملوكينِ صغيرينِ، أَو كَبِيراً وصغيراً أَحدُهمَا ذُو رَحِمٍ مَحرمٍ من الآخرِ.. كُرِهَ لَهُ أنْ يفرقَ بَينهمَا بِدُونِ حقٍّ مُسْتَحقٍّ، ....

ثم شرع إلى بيان نوع آخر من المكروه: (**ومن ملك مملوكين صغيرين، أو كبيراً وصغيراً؛ أحدهما ذو رحم محرم من الآخر.. كره له أن يفرق بينهما**) قبل البلوغ بالبيع أو القسمة بالميراث أو الغنائم أو الحصة أو غير ذلك؛ لقوله ﷺ من: «فرق بين والدة وولدها.. فرق الله بينه وبين أحبته يوم القيامة» ولما صح أن النبي ﷺ وهب لعلي غلامين صغيرين، ثم قال ﷺ: «ما فعل الغلامان»، فقال: بعت أحدهما، قال: «أدرك أدرك»، ولأن الصغير يستأنس بالصغير وبالكبير، والكبير يحافظ الصغير، وفي بيع أحدهما ينقطع حتى الاستئناس والمحافظة، وفيه ترك المرحمة على الصغير، وقد أوعد ﷺ بقوله: «من لم يرحم صغيرنا ولم يوقر كبيرنا.. فليس منا».

ثم مناط البيع: هو الاستئناس والتحافظ الحاصل بالقرابة المحرمة للنكاح بلا ضرر للمولى أو الصغير قصداً، فلا يدخل في الحكم: محرم غير قريب، وقريب غير محرم، ولا ما لا محرمية بينهما أصلاً؛ كما في القرابة الرضاعية والزوجية، وذلك لأن النص ورد على خلاف القياس، فيقتصر [٩٣/أ] على مورده.

(**بدون حق مستحق**)؛ كدفع أحدهما بالجناية وبيعه بالدين؛ بأن كان مأذوناً فلحقه دين ورده بالعيب.. فحينئذٍ لا بأس بالتفرق؛ دفعاً للضرر عن المالك؛ لأن المنظور إليه دفع الضرر عن الغير لا الإضرار بالصغير.

وكذا لا بأس في شراء المسلم أحدهما فيما إذا كان المولى حربياً؛ دفعاً للضرر عن الصغير قصداً؛ لأن الحربي يدخله دار الحرب فيتضرر به في الدنيا والآخرة.

وكذا لا بأس فيما إذا ملك صغيراً وكبيرين وباع أحد الكبيرين؛ دفعاً لضرر المولى، وكذا لا بأس بإعتاق أحدهما: على مال أو لا؛ لأنه عين الجمع بأكمل الوجوه.

وَيصِحُّ البيعُ، خلافاً لأَبِي يُوسُفَ فِي قرَابَة الوِلاد فِي رِوَايَةٍ، وَفِي الْجَمِيع فِي أُخْرَى.

فَإِن كَانَا كبيرين.. فَلَا بَأْس بِالتَّفْرِيقِ.

(**ويصح البيع**) أي في أحد القريبين (**خلافاً لأبي يوسف في قرابة الولاد في رواية**)؛ حيث قال: لا يجوز البيع فيها، ويفسخ لو وقع؛ لقوة قرابة الولاد وضعف غيرها، وفي «حاوي القدسي»: وبه نأخذ.

(**وفي الجميع**) أي: جميع القرابات المحرمية (**في**) رواية (**أخرى**)؛ لما روينا من قوله: «أدرك أدرك»، وفي رواية: «اردد اردد»، والأمر بهما لا يكون إلا لفساده.

ولهما: أن ركن البيع صدر من أهله مضافاً إلى محله، والكراهة لمعنى مجاور وهو الوحشة الحاصلة بالتفريق والتفرق، فكان كالبيع وقت النداء، وما رواه: محمول على باب الإقالة أو بيع الآخر ممن باع منه أحدهما.

(**فإن كانا كبيرين.. فلا بأس بالتفريق**)؛ لأنه ليس في معنى ما ورد به النص حتى يلحق به.

* * *

(بَابُ الْإِقَالَةِ)

(بَابُ الإِقَالَةِ)

وهو من القَيل، وهمزته للإزالة، بمعنى: أزال العقد الأول قيل: إنه من القول؛ بمعنى: أزال القول الأول، وكتب اللغة تساعد الأول.

ففي «المصباح»: قال يقيل قيلاً وقيلولة: نام نصف النهار، وأقال الله عثرته: إذا رفعه من سقوطه، ومنه: الإقالة في البيع؛ لأنها رفع العقد. انتهى.

وهي جائزة لقوله؛ ﷺ: «من أقال نادماً سلعته.. أقال الله عثرته يوم القيامة».

وشرطها:

أن تكون بالثمن الأول.

وبرضاء المتعاقدين.

وبقاء المبيع كلاً أو بعضاً.

و قبض بدلي الصرف في إقالة الصرف.

وأن يكون المحل قابلاً للفسخ.

واتحاد المجلس.

وأن لا يكون البيع بأكثر القيمة في بيع الوصي مال اليتيم، والمتولي مال الوقف؛ فإنهما إذا باعا بأكثر من القيمة.. لا تجوز الإقالة؛ صيانة للصغير والوقف.

وأن لا يهب البائع الثمن للمشتري قبل قبضه في شراء المأذون؛ فلو وهبه له.. لم تصح الإقالة بعدها، ولا يشترط بقاء الثمن، حتى لو تبايعا عرضاً بعرض مقايضة فهلك أحدهما فتقايلا.. صحت الإقالة؛ لحمل الهالك على الثمن، ويملكها من ملك المبيع، ولهذا قال في «القنية» [٩٣/ب]: يصح إقالة الموكل مع البائع أو المشتري.

تصحُّ بلفظينِ أَحدُهمَا مُسْتَقْبلٌ، خلافاً لمُحَمدٍ.

ثم قال بعلامة «يم»: وإقالة الوكيل بالسلم جائزة عند أبي حنيفة ومحمد كالإبراء، وكذا إقالة الوكيل بالشراء لا تجوز إجماعاً، قال: وهكذا في «الصغرى».

وقال: وأراد بإقالة الوكيل بالسلم: الوكيل بشري السلم، بخلاف الوكيل بشري العين.

ثم قال بعلامة عين الأئمة النسفي: إقالة الوكيل بالشراء على هذا الخلاف، وأنكره «قاضي خان»، وهو الأصح.

والمعنى فيه: أن بإقامة الوكيل بالبيع يسقط الثمن من المشتري عندهما، ويلزم المبيع الوكيل.

وعند أبي يوسف: لا يسقط الثمن من المشتري أصلاً.

قال في «العصامي»: ولو باع الوكيل ثم أقال قبل القبض أو بعده، بعيب أو غير عيب.. لزمه دون الأمر.

قال رضي الله عنه: إقالة الموكل بالشراء مع البائع لمَّا صحت.. فكذلك إقالة الموكل بالبيع مع المشتري.

إقالة الوارث جائزة، وروي أنها: بيع. وفي «العيون»: إقالة الوارث والوصي جائزة، ولا يجوز إقالة الموصى له.

(تصح بلفظين؛ أحدهما: مستقبل)؛ نحو أن يقول: «أقلني»، فيقول الآخر: «أقلت».

(خلافاً لمحمد)؛ فإنه يقول: لا تصح إلا بلفظين يعبر بهما عن الماضي؛ مثل أن يقول: «أقلت البيع»، والآخر: «أقلت» اعتباراً لهما بالبيع.

ولهما: أنها لا تكون إلا بعد نظر وتأويل.. فلا يكون قوله: «أقلني» مساومة، بل كان تحقيقاً للتصرف؛ كما في النكاح، وبه فارق البيع.

وفي «الفتاوى»: اختار قول محمد.

وتتوقفُ على الْقَبُولِ فِي الْمجْلِسِ كَالْبيع، وَهِي بيعٌ جَدِيد فِي حقِّ غير الْعَاقِدَينِ إِجْمَاعاً، ....

وفي «الخلاصة» نقلاً عن «الفتاوى»: لو قال المشتري: «تركت البيع»، وقال البائع: «رضيت، أو أجزت».. تكون إقالة.

ولو طلب البائع الإقالة عن المشتري، فقال المشتري: «هات الثمن»، فقبل البائع.. فهذا بمنزلة قوله: «أقلني».

(**وتتوقف على القبول في المجلس كالبيع**) نصاً أو دلالة بالفعل؛ كما إذا قطع البائع الثوب قميصاً فور مقالة المشتري وكما، إذا رد المشتري المبيع إلى البائع فأخذه.. فهو فسخ إن رد الثمن إليه، وإن لم يتلفظ بلفظ الفسخ.

قال في «القنية»: جاءت الدلّالة بالثمن إلى البائع بعدما باعه بالأمر المطلق، فقال البائع: «لا أدفعه بهذا الثمن»، وأخبر به المشتري، فقال: «أنا لا أريده أيضاً».. لا ينفسخ البيع؛ لأنه ليس من ألفاظ الفسخ، ولأن اتحاد المجلس في الإيجاب والقبول شرط في الإقالة، ولم يوجد هنا. انتهى.

وقالوا أيضاً: أنه اشترى حماراً، ثم أتى يرده، فلم يجد البائع، فأدخله في إصطبله، فجاء البائع بالبيطار فبزغه.. فليس بفسخ؛ لأن فعل البائع وإن كان قبولاً، ولكن يشترط فيه اتحاد المجلس؛ وكما يصح قبول الإقالة نصاً في مجلس الإقالة.. فكذا دلالة بالفعل، وإلا.. فلا.

ألا ترى أن من باع ثوباً وسلمه، ثم قال للمشتري: أقلت البيع فاقطعه لي قميصاً؛ فإن قطعه في المجلس.. فهو إقالة، وإلا.. فلا.

(**وهي**) - أي: الإقالة - (**بيع جديد**) [٩٤/أ] من جهة المشتري (**في حق غير العاقدين إجماعاً**)؛

سواء كان الغير هو الله تعالى أو العبد، ولهذا يجب بها الاستبراء في الجارية؛ لأنه حق الله تعالى، فالله سبحانه وتعالى ثالثهما، وشرط التقابض فيما إذا كان البيع

وَفِي حَقِّهِمَا بعدَ الْقَبْض: فسخٌ.

صرفاً حقاً لله تعالى.. فالله تعالى ثالثهما فيه.

وتجب الزكاة فيما إذا اشترى بعروض التجارة عبداً للخدمة بعدما حال عليها الحول ووجد به عيباً، فرده بغير قضاء، واسترد العروض فهلكت في يده، فإنها حق الله تعالى، فهو ثالثهما.

ويثبت حق الشفعة للشفيع فيما إذا باع داراً فسلم الشفيع الشفعة، ثم تقايلا بغير قضاء وعاد المبيع إلى البائع.. فالشفيع ثالثهما.

ولو كانت فسخاً في حق الثالث.. لم يكن للشفيع ذلك.

وإذا باع المشتري المبيع من آخر، ثم تقايلا، ثم اطلع المشتري على غيب كان في يد بائعه، فأراد أن يرد على بائعه.. ليس له ذلك؛ لأنه بيع جديد في حق بائعه؛ فكأنه اشترى من مشتريه، فكان البائع الأول ثالثهما.

وإذا اشترى شيئاً فقبضه ولم ينقد الثمن حتى باعه من آخر، ثم تقايلا وعاد المبيع إلى المشتري الأول، فاشتراه البائع الأول منه قبل نقد ثمنه بأقل من الثمن الأول.. جاز؛ لأنه بيع جديد في حق البائع الأول، فصار كأنه ملكه شراء جديد من المشتري الثاني في حق البائع الأول.

وإذا كان المبيع موهوباً فباعه الموهوب له من الآخر، ثم تقايلا.. ليس للواهب أن يرجع في هبته؛ لأن الموهوب له في حق الواهب: بمنزلة المشتري من المشترى منه، فصار الواهب ثالثهما.

ثم كونه بيعاً في حق غيرهما: فيما إذا ذكر بلفظ الإقالة.

وأما لو ذكر بلفظ المفاسخة، أو المتاركة.. لم يجعل بيعاً اتفاقاً على ما في «النهاية».

(وفي حقهما بعد القبض)؛ أي: قبض المشتري المبيع (فسخ)، ولهذا جازت الإقالة بالشروط الفاسدة.

فَإِن تعذرَ جعلُهَا فسخاً.. بطلت.

ولو كانت بيعاً في حقهما.. لفسدت وبطل ما نطقا به من الزيادة على الثمن الأول والنقصان منه.

وجاز أن يبيع البائع المبيع من المشتري بعد الإقالة قبل أن يسترده منه، ولو كانت بيعاً.. لما جاز ذلك؛ لكونه بيعاً قبل القبض؛ كما لم يجز بيعه من غير المشتري قبل القبض.

وجاز أيضاً بيعه من المشتري قبل الاسترداد إذا كان المبيع مكيلاً أو موزوناً، بلا إعادة الكيل والوزن، ولو كان بيعاً.. لما جاز ذلك.

وجاز أيضاً هبة المبيع للمشتري قبل الاسترداد بعد الإقالة، ولو كان بيعاً.. لما جاز.

واعلم: أن كونها فسخاً في حقهما ليس على إطلاقه على ما في «التبيين»، بل إنما يكون فسخاً فيما هو من موجبات العقد، وهو ما ثبت بنفس العقد من غير شرط.

وأما إذا لم يكن كذلك [٩٤/ب]، بل يجب شرط زائد.. فالإقالة فيه بيع جديد في حق المتعاقدين أيضاً؛ كما إذا اشترى بالدين المؤجل عيناً قبل حلول الأجل ثم تقايلا.. يعود الدين حالاً؛ كأنه باعه منه.

وكما إذا تقايلا ثم ادعى رجل أن المبيع ملكه وشهد المشتري بذلك.. لم تقبل شهادته؛ كأنه هو الذي باعه وشهد أنه لغيره، ولو كانت فسخاً.. لقبلت.

وكذا لو باع عبداً بطعام بغير عينه وقبض، ثم تقايلا.. لا يتعين الطعام المقبوض للرد؛ كأنه باعه من البائع بطعام غير معين.

(**فإن تعذر جعلها فسخاً**) بأن ولدت المبيعة بعد القبض ولداً؛ لأن الزيادة المنفصلة تمنع الفسخ حقاً للشرع، وكذا لو هلك المبيع في غير المقايضة؛ لجواز أن يكون الهالك فيها ثمناً، وهلاك الثمن لا يمنعها.

(**.. بطلت**) الإقالة ويبقى البيع على حاله؛ لتعذر الفسخ، هذا عند أبي حنيفة.

وَعند أَبِي يُوسُفَ: بيعٌ؛ فَإِن تعذرَ.. ففسخٌ، فَإِنْ تعذَّرَ.. بطلتْ.

وَعندَ مُحَمَّدٍ: فسخٌ، فَإِن تعذَر.. فَبيعٌ، فَإِنْ تعذَّرَ.. بطلتْ.

(**وعند أبي يوسف: بيع**) في حق الكل؛ في العقار والمنقولات؛ سواء كانت بمثل الثمن الأول، أو بأقل، أو بأكثر، أو بجنس آخر.

(**فإن تعذر**) جعلها بيعاً؛ كما إذا تقايلا في المنقول قبل القبض، أو كانت بعد هلاك أحد العوضين في المقايضة (**.. ففسخ**).

(**فإن تعذر**) جعلها فسخاً؛ كما إذا تقايلا في العروض المبيعة بالدراهم أو الدنانير بعد هلاكها، أو تقايلا في المنقول قبل القبض على خلاف جنس الثمن الأول (**.. بطلت**) الإقالة، ويبقى البيع على حاله.

(**وعند محمد: فسخ**) في حق الكل إن كانت بالثمن الأول، أو بأقل.

(**فإن تعذر**) الفسخ؛ كما إذا تقايلا بأكثر من الثمن الأول، أو بالثمن الأول بعد الزيادة المتصلة، أو بخلاف جنس الثمن الأول بعد القبض (**.. فبيع**).

(**فإن تعذر**)؛ كما في بيع العرض بالدراهم بعد هلاك العرض (**.. بطلت**)، ويبقى البيع على حاله؛ فأبو حنيفة: عمل بلفظها ومعناها؛ لأن لفظها: ينبئ عن الفسخ، ومعناها: عن البيع؛ لكونها مبادلة المال بالمال بالتراضي؛ بناءً على أن العمل بالدليلين أولى من إهمال أحدهما، فجعلناها فسخاً في حقهما، وبيعاً في حق ثالث.

وعمل محمد بمعناها اللغوي، وهو: الفسخ؛ لأنه متى أمكن الحمل على الحقيقة.. يحمل عليها، وإلا.. فيحمل على ما يحتمله اللفظ وهو البيع ههنا.

وعمل أبو يوسف بمعناها العرفي، وهو: مبادلة المال بالمال بالتراضي، وليس البيع إلا ذاك، وأعتضد ذلك بثبوت أحكام البيع عليها؛ من: بطلانها بهلاك السلعة، والرد بالعيب، وثبوت الشفعة بها.

وعورض: بأنها لو كانت بيعاً أو متحملة له.. لانعقد البيع بلفظ الإقالة، لكنه لم ينعقد.

وأجيب: بمنع بطلان اللازم على ما روي عن بعض المشايخ، ولو سلم.. لكنه لو قال ابتداءً: أقلتك العقد في هذا العبد بألف درهم.. تعذر تصحيحها بيعاً؛ لإضافتها إلى ما لا وجود له أصلاً [٩٥/أ].. فيبطل، وما نحن فيه ليس كذلك؛ لأنها أضيفت إلى ماله وجوداً؛ أعني: سابقة العقد قبلها، فلم تلزم من إرادة المجاز من اللفظ في موضع - لوجود الدلالة على ما يراد من المجاز - إرادة المجاز في سائر المواضع عند عدم دلالة الدليل على المجاز.

واعترض عليه بوجهين:

أحدهما: أنه يفهم منه: أن أبا يوسف يجعل الإقالة بيعاً مجازاً، وذلك مصير إلى المجاز مع إمكان العمل بالحقيقة، وذا لا يجوز.

والثاني: أن قوله: «أقلتك العقد في هذا العبد» مثلاً؛ معناه على ذلك التقدير: بعتك هذا العبد، وذلك لا يقتضي سابقة العقد.

والجواب عن الأول: أنه يجعله مجازاً عن البيع؛ لجواز أنه يجعله منقولاً إليه شرعاً بواسطة ثبوت أحكامه له، ولفظ المجاز المذكور آنفاً يجوز أن يكون مجازاً عن المنقول إليه، فالمعنى لم يلزم من إرادة المعنى المنقول إليه في موضع؛ لوجود الدلالة على ما يراد من المنقول إليه إرادة المعنى المنقول إليه في سائر المواضع عند عدم الدلالة على النقل.

وعن الثاني: لا نسلم أن معناه ذلك، بل معناه: بعتك هذا العبد الذي كنت بعته مني سابقاً؛ فإنه ليس مجازاً عن مطلق البيع، بل عن بيع كائن بعد بيع وقع بينهما في هذا المحل.

وتحقيق ما ذكره أبو حنيفة: أن لفظ الإقالة حقيقة في الفسخ؛ لإنبائها عنه، والأصل إعمال الألفاظ في حقائقها ما أمكن، وإن تعذرت الحقيقة.. يصار إلى المجاز إن أمكن، وإلا.. بطلا، وههنا لما لم يمكن أن يجعل مجازاً عن البيع

وَقبلَ الْقَبْضِ فسخٌ فِي النقليّ وَغَيرِه.

وَعندَ أَبِي يُوسُفَ فِي الْعقارِ: بيعٌ؛ فَلَو شَرطَ فِيهَا أَكثرَ منَ الثّمنِ الأولِ، أَو خلافَ الْجِنْسِ.. بَطلَ الشَّرْطُ، ....

الابتدائي؛ لعدم احتماله له؛ لكونه ضده واستعارة أحد الضدين للآخر لا يجوز على ما في موضعه.. بطلا.

فإن قيل: الإقالة بيع جديد في حق الثالث إجماعاً على ما تقدم، ولو لم يحتمل البيع.. لما جاز ذلك.

أجيب عنه: بأن ذلك ليس بطريق المجاز؛ إذ الثابت بالمجاز.. ثابت بقضية الصيغة؛ لأن المجاز من أحوال اللفظ كالحقيقة، وما ذكره ذلك القائل ليس كذلك؛ إذ لا ولاية لهما على غيرهما ليكون لفظهما عاملاً في حقه، بل هو أمر ضروري؛ لأنه لما ثبت حكم البيع وهو الملك للبائع ببدل.. ظهر موجبه في حق ثالث دونهما؛ لامتناع ثبوت الضدين في محل واحد.

(**وقبل القبض: فسخ في النقلي وغيره**)؛ أي: كما كانت فسخاً بعد القبض عند أبي حنيفة ومحمد، لكن عند أبي حنيفة: في حق المتعاقدين مطلقاً بمثل الثمن الأول، أو أقل، أو أكثر منه، أو خلاف الجنس.

وعند محمد: في حق الكل بمثل الثمن الأول، أو بأقل منه.

(**وعند أبي يوسف في العقار: بيع**)؛ لجواز بيعه قبل القبض.

وأما في غير العقار.. ففسخ عنده قبل القبض أيضاً؛ لعدم جواز بيعه قبل القبض.

ثم شرع في بيان ما يتفرع على الأصل المذكور، وقال [٩٥/ب]: (**فلو شرط فيها**)؛ أي: في الإقالة (**أكثر من الثمن الأول**)، أو أقل منه، (**أو خلاف الجنس.. بطل الشرط**)؛ لأنه فسخ في حقهما.

والفسخ: عبارة عن رفع العقد على الوصف الذي كان قبله، والفسخ على

وَلزِمَ الثّمنُ الأولُ.

وَعِنْدَهُمَا: يَصحُّ الشَّرْطُ لَو بعدَ الْقَبْض، وَتُجْعَلُ بيعاً، وَإِن شَرطَ أقلَّ من غَيرِ تعيُّبٍ.. لزمَ الأولُ أيْضاً.

الزيادة أو النقصان أو خلاف الجنس.. ليس كذلك، فبطل الشرط.

(ولزم الثمن الأول) لصحة الإقالة؛ لأنها مما لا تبطل بالشروط الفاسدة؛ لأن الشروط الفاسدة فيه من قبيل شبهة الربا، فتؤثر في صحة البيع، هذا عند أبي حنيفة.

(وعندهما: يصح الشرط) الأول؛ أي: الأكثر (لو بعد القبض، وتجعل) الإقالة (بيعاً)؛ لأن الأصل فيها هو البيع عند أبي يوسف.

وعند محمد: وإن كانت فسخاً؛ لكنه في الزيادة غير ممكن، وجعلها بيعاً ممكن؛ فإذا زاد.. تعذر العمل بالحقيقة، فيصار إلى المجاز؛ صوناً عن الإلقاء.

(وإن شرط أقل) من الثمن الأول (من غير تعيب.. لزم) الثمن (الأول) عند أبي حنيفة؛ لكونها فسخاً، والشرط باطلاً عنده (أيضاً)؛ أي: كما في اشتراط الأكثر، أو خلاف الجنس.

وأما إذا تعيبت.. فهي فسخ بالأقل اتفاقاً؛ لأن الحط يجعل بإزاء ما فات بالعيب، ولهذا يشترط أن يكون النقصان بقدر حصة ما فات بالعيب، ولا يجوز أقل أو أكثر.

صورة المسألة: إذا اشترى جارية بألف درهم وتقايلا بألف درهم.. صحت الإقالة.

وإن تقايلا بألف ومائة.. صحت بألف ولغا ذكر المائة.

وإن تقايلا بألف إلا مائة؛ فإن لم يدخلها عيب.. صحت بألف، ولغا النقص، ووجب على البائع رد الألف على المشتري.

وإن دخلها عيب.. صحت الإقالة بما شرط، ويصير المحطوط بإزاء نقصان العيب؛ لأنه لما احتبس عند المشتري جزء من المبيع.. جاز أن يحبس عند البائع جزء من الثمن.

وَعند أَبِي يُوسُفَ: تُجْعَل بيعاً وَيصِحُّ الشَّرْطُ.

وإِنْ تعيّب.. صَحَّ الشَّرْطُ اتِّفَاقًا.

وَلَا تصحُّ بعدَ ولادَةِ الْمَبِيعَةِ خلَافاً لَهما.

(وعند أبي يوسف: تجعل) الإقالة (بيعاً) بالأقل على ما هو الأصل عنده.

وأما عند محمد: فيجعل فسخاً بالأقل؛ لأن اشتراط الأقل لا يمنع كونه فسخاً عنده على ما مر.

(ويصح) عند أبي يوسف (الشرط)؛ أي: بالأقل، وكذا يصح عند محمد لما ذكرناه.

(وإن تعيب... صح الشرط)؛ أي: شرط الأقل (اتفاقاً) بين الثلاثة لما ذكرناه.

(ولا تصح) الإقالة عند أبي حنيفة (بعد ولادة المبيعة)؛ لأنها فسخ عنده، وهو لا يمكن بعد الولادة ونحوها من الزيادة.. فتبطل.

وهذا إذا ولدت بعد القبض؛ أما إذا ولدت قبله.. فالإقالة صحيحة عنده أيضاً؛ لأن الزيادة قبل القبض لا تمنع الفسخ.

(خلافاً لهما)؛ فإنها بيع عند أبي يوسف، وكذا عند محمد؛ لعدم إمكان جعلها فسخاً، والولادة لا تمنع البيع.

ذكر في «العناية» نقلاً عن «الذخيرة»: أن الجارية إذا إزدادت، ثم تقايلا؛ فإن كان قبل القبض.. صحت الإقالة؛ سواء كانت الزيادة متصلة كالسمن والجمال، أو منفصلة [٩٦/أ] كالولد والأرش والعقر؛ لأن الزيادة قبل القبض لا تمنع الفسخ؛ منفصلة كانت أو متصلة.

وإن كانت الزيادة بعد القبض:

إن كانت منفصلة.. فالإقالة باطلة عند أبي حنيفة؛ لأنه لا يصححها إلا فسخاً، وقد تعذر حقاً للشرع.

وَلَا يمْنَعُهَا هَلَاكُ الثّمنِ، بل هَلَاكُ الْمَبِيع.

وهلاكُ بعضِهِ يمْنَعُ بِقَدرِهِ.

وإن كانت متصلة.. فهي صحيحة عنده؛ لأنها لا تمنع الفسخ برضاء من له الحق في الزيادة ببطلان حقه فيها، والتقابل دليل الرضاء، فأمكن تصحيحها فسخاً.

والإقالة في المنقول قبل القبض فسخ بالاتفاق؛ لامتناع البيع.

وأما في غيره؛ كالعقار.. فإنه فسخ عند أبي حنيفة ومحمد.

وأما عند أبي يوسف: فبيع لجواز البيع في العقار قبل القبض عنده.

(**ولا يمنعها**)؛ أي: الإقالة (**هلاك الثمن، بل**) يمنعها (**هلاك المبيع**)؛ لأنها رفع البيع، ورفعه يستدعي قيامه؛ فإن رفع المعدوم وقيام البيع: بالمبيع لا بالثمن؛ لأن الأصل هو المبيع، حتى شرط وجوده عند البيع، بخلاف الثمن؛ فإنه بمنزلة الوصف، ولهذا.. جاز العقد وإن لم يكن موجوداً.

(**وهلاك بعضه**)؛ أي: بعض المبيع (**يمنع بقدره**)، فصحت الإقالة في الباقي؛ لقيام البيع فيه.

ولو تبايعا مقايضة.. جازت الإقالة بعد هلاك أحد العوضين؛ لأن المبيع يكون هو الباقي، فيكون البيع قائماً به، فيجب رد قيمة الهالك، وتجوز الإقالة في الصرف، ولو بعد هلاك البدلين معاً على ما في «الاختيار»؛ لأن الأثمان لا تتعين في الإقالة ما يمنع الرد في البيع الفاسد، والرد بالعيب يمنع الإقالة أيضاً على ما في «الخلاصة».

وفيها أيضاً: الوصي والمتولي إذا باع شيئاً بأكثر من قيمته، ثم أقال.. لا يصح.

* * *

(بَابُ الْمُرَابَحَةِ وَالتَّوْلِيَةِ)

الْمُرَابَحَةُ: بيعُ مَا شراهُ بِمَا شراهُ بِهِ وَزِيَادَةٍ.

(بَابُ المُرَابَحَةِ وَالتَّوْلِيَةِ)

لما فرغ مما يتعلق بالمبيع.. شرع فيما يتعلق بالثمن، من: المرابحة، والتولية، والوضيعة، والمساومة، ولم يذكر المصنف المساومة، وهو البيع بأي ثمن اتفق على ما هو المعتاد.

(المرابحة: بيع ما شراه بما)؛ أي: بثمن، الجار: متعلق بالبيع.

(شراه به وزيادة) عطفٌ على «ما» في قوله: «بما شراه»، ولابد أن تكون الزيادة معلومة؛ لئلا يلزم الجهل في الثمن.

اعترض على طرده وعلى عكسه بما في «قاضي خان»: أن من اشترى دنانير بالدراهم.. لا يجوز بيع الدنانير مرابحة، مع صدق التعريف عليه.

وأن المغصوب الآبق إذا عاد بعد القضاء بالقيمة على الغاصب.. جاز بيعه للغاصب مرابحة وتولية على ما ضمن من القيمة، ولا يصدق التعريف عليه؛ لعدم الشراء.

وأجيب عن الأول: بأنه إذا لم يجز البيع.. لا يصدق عليه بيع ما شراه بما شراه.

وعن الثاني: يجعل الشراء أعم من أن يكون ابتداءً وانتهاءً؛ لأنه إذا قضى القاضي بالقيمة.. عاد ذلك عقداً حتى [٩٦/ب] لا يقدر المالك على رد القيمة وأخذ المغصوب.

ثم في قوله: «بما شراه به»: إيهام؛ لأنه إما أن يراد به: عين الثمن الأول، أو مثله، ولا سبيل إلى كل منهما:

أما إلى الأول: فلأن الثمن الأول صار ملكاً للبائع الأول.. فلا يراد في البيع الثاني.

وَالتَّوْلِيَةُ: بَيْعُهُ بِهِ بِلَا زِيَادَةٍ وَلَا نقصٍ.

والوضيعةُ: بَيْعُه بأنقصَ مِنْهُ.

وَلَا يَصحُّ ذَلِك مَا لم يكنِ الثّمنُ الأولُ مثلِياً، ....

وأما إلى الثاني.. فلأنه لا يخلو:

إما أن يراد المثل من حيث الجنس، أو المقدار:

والأول: ليس بشرط على ما في «العناية».

والثاني: يقتضي أن لا يضم إلى رأس المال أجرة القصار والصباغ والطراز ونحوها؛ لأنها ليست بثمن في العقد الأول، على أن الثمن ليس بشرط في المرابحة أصلاً؛ فإنه لو ملك ثوباً بهبة أو وصية فقومه، ثم باعه مرابحة على تلك القيمة.. جاز، على ما في «العناية» عن «المبسوط».

والجواب: أنا نختار المثل في المقدار، والعادة جرت بإلحاق ما يزيد في المبيع أو قيمته إلى رأس المال، فكان من جملة الثمن الأول عادة، وإذا لم يكن عين الثمن الأول مراداً.. يجعل مجازاً عما قام عنده من غير خيانة، فيدخل فيه مسألة «المبسوط».

(**والتولية: بيعه**)؛ أي: بيع ما ملكه.

(**به**)؛ أي: بالعوض الأول (**بلا زيادة، ولا نقص**) نذكر ما ذكرنا في المرابحة.

(**والوضيعة: بيعه بأنقص منه**)؛ أي: من العوض الأول.

(**ولا يصح ذلك**)؛ أي: كل من البيوع الثلاثة على ما في «الدرر»، أو كل من المرابحة والتولية على ما في «الهداية».

(**ما لم يكن الثمن الأول مثلياً**) كيلياً، أو وزنياً، أو عددياً متقارباً؛ لأن مبنى هذه البيوع على الاحتراز عن الخيانة وشبهتها، والاحتراز عن الخيانة: فيما كان الثمن قيمياً، وإن أمكن.. لكنه قد لا يمكن عن شبهتها؛ لأن المشتري الثاني لا يشتري المبيع إلا بقيمة ما دفع المشتري الأول من الثمن؛ إذ لا يمكن دفع عينه: إذ لم

أَو فِي ملك من يُرِيدُ الشِّرَاءَ، وَالرِّبْحُ مَعْلُوماً.

يملكه، ولا دفع مثله: إذ الغرض عدم المثل، فتعينت القيمة وهي مجهولة تعرف ظناً فيتمكن فيه شبهة الخيانة.. فلا بد أن يكون مثلياً، (أو) قيمياً كان (في ملك من يريد الشراء) من المشتري الأول مرابحة، أو تولية؛ بأن ملكه من البائع الأول بسبب من الأسباب.. فإنه حينئذ يجوز شراؤه مرابحة وتولية؛ لاقتداره على إيفاء عين، ما التزمه.

لكنه يشترط أن يكون الربح معلوماً، وإليه أشار بقوله: (والربح معلوماً) من درهم، أو شيء من المثلي.

وأما إذا اشتراه منه بربح ده بازده؛ أي: اشتراه من المشتري الأول بما دفعه المشتري الأول من الثمن وبعشر قيمته.. فحينئذٍ؛ إذا كان فيه الثمن الأول: عشرة دراهم.. فالربح درهم، وإذا كان عشرين.. فالربح درهمان، وهكذا... فإنه حينئذ لا يجوز؛ لأنه اشتراه برأس المال وببعض قيمته؛ لأنه ليس من المثلي على ما [٩٧/أ] فرضناه، فصار المشتري الأول باعه بذلك القيمي، وبجزء من أحد عشر جزء منه، والجزء الحادي عشر لا يعرف إلا بالقيمة، وهي مجهولة.. فلا يجوز.

وأما لو كان الثمن الأول مثلياً فباعه المشتري الأول به وبعشرة:

إن كان المشتري الثاني يعلم جملة الثمن الأول.. صح.

وإن لم يعلم؛ فإن علم في المجلس.. جاز وله الخيار، وإلا.. فسد؛

كما لو باع الثوب برقمه على ما في «الزيلعي».

وفيه أيضاً: ومن شرط المرابحة والتولية: أن لا يكون صرفاً، حتى لو باع دنانير بدراهم.. لا يجوز فيه المرابحة ولا التولية؛ لأنهما في الذمة، فلا يتصور فيه المرابحة والتولية، والمقبوض: غير ما وجب بالعقد.

وَيجوزُ أَن يضمَّ إِلَى رَأس المَالِ أُجْرَةَ القِصارةِ، والصِّبغِ، والطرازِ، والفتلِ، وَالْحملِ، وسَوقِ الْغنمِ، والسمسارِ، لَكِن يَقُولُ: قَامَ عليَّ بِكَذَا، لَا: اشْتَرَيْتُه.

وَلَا يضمُّ نَفَقَتَهُ، ....

(ويجوز أن يضم إلى رأس المال) - أي: الثمن - (أجرة القصارة والصبغ والطراز والفتل والحمل، وسوق الغنم، والسمسار)؛ لأن العرف جرى بإلحاق هذه الأشياء برأس المال، وهو المعتبر، ولهذا لا يعد ذلك خيانة إذا تبين له.

والأصل فيه: أن كل ما يزيد في المبيع، أو في قيمته.. يلتحق به، فهذا هو الأصل، وما ذكر: بهذه الصفة؛ لأن الصبغ والفتل والطراز والقصارة: تزيد في العين، والحمل والسوق والسمسار: تزيد في القيمة؛ لأنها تختلف باختلاف الأماكن والسمسار.

وعلى هذا: له أن يضيف إليه: أجرة الغسل، والخياطة، ونفقة تجصيص الدار، وطي البئر، وكري الأنهار، والقناة، والمسناة، والكراب، وكسح الكروم، وسقيها، والزرع، وغرس الأشجار.

وإن فعل شيئاً من ذلك بيده.. لا يضمه.

وفي «الزيلعي» نقلاً عن «المحيط»: أن يضم طعام المبيع وكسوته وكراه وأجرة السمسار إن كانت مشروطة في العقد، وإلا.. فأكثرهم على أنه لا يضم، ولا يضم أجرة الدلال بإجماع، وكذا ما هو سبب لبقائه إلى وقت كالطعام.

وفي «المجرد»: يضم؛ لأنها تزداد قيمته من حيث أنه يندفع عنه ضرر الحر والبرد.

(لكن يقول: قام علي بكذا، لا) يقول: (اشتريته) بكذا؛ تحرزاً عن الكذب؛ لأن القيام عليه.. عبارة عن الحصول بما غرم، وقد غرم فيه القدر المسمى.

(ولا يضم نفقته)؛ أي: نفقة نفسه؛ يعني: لا يضم ما أنفقه المشتري على نفسه

وَلَا أجرَ الرَّاعِي، والطبيبِ، والمعلمِ، وَبَيتِ الْحِفْظِ.

فَإِن ظهَر للْمُشْتَرِي خِيَانَةٌ فِي الْمُرَابَحَةِ.. ....

في سفره، من وقت شرائه المبيع، على ما في «شرح المجمع».

بخلاف نفقة المبيع وكسوته وكرائه: فإنها تضم، على ما ذكرناه، وهذا لأن نفقة نفسه لا تزيد في المبيع، ولا في قيمته شيئاً.

بخلاف نفقة المبيع وكسوته وكرائه.. فإنها تزيد فيه.

(**ولا أجر الراعي**)؛ لعدم العرف فيه، ولأنه لا يزيد في المبيع وفي قيمته شيئاً؛ لأن الزيادة الحاصلة في العين باعتبار معنى في العين من السمن ونحوه.

بخلاف أجر السائق.. فإنه يضم؛ لما مر من أن القيمة تختلف باختلاف الأماكن.

(و) لا أجر (**الطبيب**)؛ لعدم العرف فيه، ولعدم الزيادة أيضاً.

وكذا لا يضم أجر قيم الدار على ما في «غاية البيان»، ولا أجر الرابط والبيطار والحجامة، ولا جُعل الآبق، ولا أجرة الختان، ولا الفداء في الجناية؛ لما مر من عدم العرف والزيادة في المبيع في هذه الأشياء.

(و)لا أجر (**المعلم**)؛ لما مر من عدم العرف والزيادة في المبيع.

(و)لا أجر (**بيت الحفظ**)؛ لما مر، والباج الذي يؤخذ في الطريق لا يضم إلا في موضعٍ جرت العادة فيما بين التجار بالضم، على ما في «الكفاية» و«الزيلعي».

إلا أنه قال في «الزيلعي»: ما يؤخذ في الطريق من الظلم.. لا يضم إلا في موضع جرت العادة فيه بالضم.

فقد ظهر منه: أن ما يؤخذ في الطريق في زماننا من البائع: ظلم.

وذكر في «المبسوط»: العبرة في ضم شيء برأس المال: العرف الظاهر.

وما عمل المشتري بيده من قصارة أو خياطة وما يشبه ذلك.. لا يضم.

(**فإن ظهر للمشتري خيانة في المرابحة..**) بالبينة، أو بإقراره، أو بنكوله عن

خُيِّرَ فِي أَخذه بِكُلِّ ثمنه أَو تَركِه.

وَفِي التَّوْلِيَة: يحطُّ من ثمنِهِ قدرَ الْخِيَانَةِ، وَهُوَ الْقِيَاس فِي الوضيعة.

وَعند أَبِي يُوسُف: يحطُّ فيها قدرَ الْخِيَانَةِ مَعَ حصَّتِهَا منَ الرِّبْحِ فِي الْمُرَابَحَةِ.

وَعند مُحَمَّدٍ: يُخَيَّرُ فيهمَا.

اليمين (**خُيِّر في أخذه بكل ثمنه**) المسمى، (**أو تركه**).

(**وفي التولية: يحط من ثمنه قدر الخيانة، وهو القياس في الوضيعة**). هذا عند أبي حنيفة.

(**وعند أبي يوسف: يحط فيها قدر الخيانة**) من رأس المال (**مع حصتها**)؛ أي: حصة الخيانة (**من الربح في المرابحة**)؛ مثلاً: إذا اشترى ثوباً بعشرة على ربح خمسة، ثم ظهر أن الثمن الأول ثمانية .. يحط قدر الخيانة من الأصل وهو درهمان، ومن الربح درهم؛ لأن الربح ينقسم على الأصل، فما أصاب الخيانة منه سقط معه، فيأخذ الثوب بإثني عشر درهماً.

(**وعند محمد: يخُيِّر فيهما**)؛ لأنهما باشرا لعقد بثمن معلوم، فينعقد بالثمن المسمى فيه، وذكر التولية والمرابحة ترويج، فيكون وصفاً مرغوباً فيه؛ كوصف السلامة، وفواته يوجب التخيير.

ولأبي يوسف: أن الأصل في هذا العقد كونه مرابحة وتولية، لا التسمية والمسمى، ولهذا لو قال: ولّيتك بالثمن الأول، أو بعتك مرابحة على الثمن الأول - والحال أنه معلوم - واقتصر عن التسمية؛ أي: لم يذكرها .. صح العقد.

وإنما التسمية كالتفسير؛ فإذا ظهرت الخيانة .. بطلت صلاحيتها للتفسير، فبقي ذكر المرابحة والتولية .. فلا بد من بناء العقد الثاني على الأول فيحط الخيانة في الفصلين جميعاً، غير أنه يحطّ في التولية قدر الخيانة من رأس المال، وفي المرابحة منه ومن الربح جميعاً.

فَلَو هلكَ قبلَ الرَّدِ، أَو امْتنَع الْفَسْخُ.. لزمَ كلُّ الثّمنِ اتفاقاً.

وَمن شرى شَيْئاً بِعشْرَةٍ، فَبَاعَهُ بِخَمْسَةَ عشرَ، ثمَّ شراه ثَانِياً بِعشْرَةٍ.. يرابحُ على خَمْسَةٍ.

وَإِن شراه ثَانِياً بِخَمْسَةٍ.. لَا يرابحُ.

وَعِنْدَهُمَا: يرابحُ ....

ولأبي حنيفة: أنه لو لم يحط في التولية ..لا يبقى تولية؛ لأنها تكون بالثمن الأول، وهذا ليس كذلك، لكن لا يجوز أن لا يبقى تولية؛ لئلا يتغير التصرف.. فتعين الحط. [٩٨/أ].

وأما لو في المرابحة؛ فلو لم يحط.. تبقى مرابحة كما كانت من تغيير تصرف، لكن يتفاوت الربح، فيتخير بذلك لفوات الرضا.

(**فلو هلك**) المبيع (**قبل الرد**) واستهلكه (**أو امتنع الفسخ**) لحدوث ما يمنع الفسخ في بيع المرابحة؛ فمن قال بالحط .. كان له الحط، ومن قال بالفسخ (..**لزم كل الثمن اتفاقاً**) في الروايات الظاهرة، ويسقط خياره؛ لأنه مجرد خيار لا يقابله شيء من الثمن؛ كخيار الشرط والرؤية، وقد تعذر الرد بالهلاك أو غيره..فيسقط خياره، بخلاف خيار العيب؛ حيث لا يجب كل الثمن، بل ينقص منه مقدار العيب؛ لأن المستحق للمشتري ثمة: المطالبة بتسليم الجزء الفائت، فسقط ما يقابله عند العجز عن تسليمه.

وعن محمد في غير رواية «الأصول»: أنه يفسخ البيع على القيمة إن كانت أقل من الثمن، فيرد قيمة المبيع، ويرجع على البائع بما دفعه إليه من الثمن؛ دفعاً للضرر عنه.

وعن أبي يوسف: أنه يحط كيفما كان، وكذا عن أبي حنيفة في بيع التولية.

(**ومن شرى شيئاً بعشرة فباعه بخمسة عشر، ثم شراه ثانياً بعشرة.. يرابح**)؛ أي يبيع مرابحة (**على خمسة**)، ويقول:قام عليّ بخمسة.

(**وإن شراه ثانياً بخمسة .. لا يرابح**) أصلاً عند أبي حنيفة، (**وعندهما: يرابح**

على الثّمنِ الأَخيرِ مُطلقًا.

وَإِن اشْترى مَأْذُونٌ مَديونٌ بِعشْرَةٍ، وَبَاعَ من سَيِّدِهِ بِخَمْسَةَ عشرَ، أَو بِالْعَكْسِ.. يرابحُ على عشرَةٍ.

على الثمن الأخير مطلقاً)؛ أي في الفصلين؛ لأن العقد الثاني عقد متجدد منقطع الأحكام عن الأول.. فيجوز بناء المرابحة عليه؛ كما إذا تخلل ثالث، بأن باعه المشتري من أجنبي فاشتراه من الأجنبي.. فإنه يرابح على الثمن الأخير.

وقال أبو حنيفة: شبهة حصول الربح الأول بالعقد الثاني ثابتة؛ لأن عقده الأول كان على شرف السقوط؛ لجواز أن يرد عليه بعيب؛ فإذا اشتراه منه .. تأكد ما كان على شرف السقوط، وللتأكيد حكم الإيجاب في حق العباد؛ كما لو شهدوا على رجل بالطلاق قبل الدخول ثم رجعوا.. ضمنوا نصف المهر له؛ لتأكد ما كان على شرف السقوط بردة المرأة، أو بتمكين ابن الزوج.

وإذا كان شبهة الحصول ثابتة به ..صار كأنه اشترى بالعقد الثاني ثوباً وخمسة دراهم بعشرة .. فالخمسة بإزاء الخمسة، والثوب بخمسة، فيبيعه مرابحة بخمسة؛ احترازاً عن شبهة الخيانة؛ فإنها كحقيقتها؛ احتياطاً في المرابحة.

ولهذا لو كان لرجل على آخر عشرة دراهم فصالحه منها على ثوب .. لا يبيع الثوب مرابحة على العشرة،؛ لأن مبنى الصلح على الحطيطة، ولو وجد الحط حقيقة.. ما جاز بالبيع مرابحة، فكذا إذا تمكنت الشبهة.

بخلاف ما إذا تخلل ثالث؛ لأن التأكيد حصل بغيره، ولم يستفد ربح المشتري الأول بالشراء الثاني .. فانتفت الشبهة [٩٨/ب].

(**وإن اشترى**) عبد (**مأذون مديون**) بدين يحيط برقبته - هكذا قيده محمد في «الأصل» واختاره فخر الإسلام والصدر الشهيد، ولم يقيده الطحاوي، والأصح: هو الأول؛ لأنه لو لم يكن مديوناً ..لم يصح بيعه من مولاه - (**بعشرة دراهم**) مثلاً (**وباع من سيده بخمسة عشر، أو بالعكس**)؛ أي: السيد اشتراه وباعه من عبده، كذلك (.. **يرابح**) السيد أو العبد (**على عشرة**)؛ لأن في كل من هذا العقد شبهة عدم العقد

وَالْمُضَارِبُ بِالنِّصْفِ لَو شرى بِعشْرَةٍ وَبَاعَ من ربِّ المَالِ بِخَمْسَةَ عشرَ.. يرابُح ربُّ المَالِ على اثْنَي عشرَ وَنصفٍ ويرابحُ بِلَا بَيَانٍ لَو اعورَّتِ الْمَبِيعَةُ، أَو وُطِئَتْ وَهِي ثيبٌ، ....

الثاني؛ لكون العبد ملكاً للمولى، ولتعلق حق المولى بمال العبد، فصار كالبائع من نفسه.. فاعتبر عدماً في حكم المرابحة؛ لوجوب الاحتراز فيها عن شبهة الخيانة، وإذا عدم البيع الثاني .. لا يبيعه مرابحة على الثمن المذكور فيه، وإنما يبيعه على الثمن الأول.

(**والمضارب بالنصف لو شرى**) ثوباً (**بعشرة وباع**) ذلك الثوب (**من رب المال بخمسة عشر .. يرابح رب المال على اثني عشر ونصف**)، لا على خمسة عشر؛ احترازاً عن شبهة الخيانة؛ لأن بيعه من رب المال، وإن جاز عندنا عند عدم الربح لاشتماله على فائدة استفادة ولاية التصرف في ماله بعدما انقطعت بالتسليم إلى المضارب.. لكن فيه شبهة العدم؛ لأن البيع مبادلة المال بالمال، وهذا إنما يتحقق بمال غيره لا بمال نفسه، فلا يكون البيع موجوداً، ولهذا ذهب زفر إلى عدم جوازه.

وإذا كان فيه شبه العدم .. كان البيع الثاني كالمعدوم في حق نصف الربح؛ لأن ذلك حق رب المال، فيحط عن الثمن؛ احترازاً عن شبهة الخيانة، ولا شبهة في أصل الثمن وهو عشرة، ولا في نصيب المضارب، فيبيع مرابحة على ذلك.

(**ويرابح بلا بيان لو اعورت**) عند المشتري بآفة سماوية (**المبيعة**)، وعن أبي يوسف: لا بد من البيان فيها.

(**أو وطئت عنده وهي ثيب**)؛ لأنه لم يحبس ما يقابله الثمن ؛ لأن سلامة العين ومنافع البضع أوصاف لا يقابلها شيء من الثمن.

واعترض: بأن منافع البضع بمنزلة الجزء؛ بدليل أن المشتري إذا وطئها، ثم وجد عيباً.. لم يتمكن من الرد وإن كانت ثيباً، وما ذلك إلا باعتبار أن المستوفى بمنزلة احتباس جزء من المبيع عند المشتري.

أَو أَصَاب الثَّوْبَ قرضُ فأرٍ، أَو حرقُ نَارٍ.

وَإِن فقئَتْ عينُهَا، أَو وُطِئَتْ وَهِي بِكرٌ، أَو تكسَّر الثَّوْبُ من طيهِ ونشره.. لزمَ الْبَيَانُ.

وَإِن اشْترى بنسيئةٍ ورابح بِلَا بَيَانٍ.. خُيِّرَ الْمُشْتَرِي،.......................

ورُدَّ: بأن عدم جواز الرد باعتبار أنه إن ردها؛ فإما أن يردها مع العقد أو بدونه.

لا سبيل إلى الأول؛ لأن الفسخ يَرد على ما يَرد عليه العقد، والعقد لم يرد على الزيادة، فكذا الفسخ.

ولا إلى الثاني؛ لأنها تعود إلى قديم ملك البائع، وسلم الوطء للمشتري مجاناً ، والوطء يستلزم العقد عند سقوط العقد، لا باعتبار احتباس جزء من المبيع [٩٩/أ].

اعلم: أن المراد بقوله: «بلا بيان»: أنه يلزم أن يقول: اشتريته بلا عيب، ثم حدث العيب عندي، وأما بيان نفس العيب ..فلا بد له.

(**أو أصاب الثوب قرض فأر**)، وفي «الكافي»: الفرص بالفاء، وقيل: بالقاف. انتهى.

معناه: القطع.

(**أو حرق نار**)؛ لأنه ما فات بالقرض والحرق، وإن كان جزءاً من المبيع.. يقابله شيءمن الثمن، لكن لم يحبس عنده.

(**وإن فقئت عينها**) بفعل المشتري أو بفعل الأجنبي بأمر المشتري أو بغير أمره ، (**أو وطئت وهي بكر، أو تكسر الثوب من طيّه ونشره.. لزم البيان**)؛ لأنه احتبس عنده بإتلافه جزءاً يقابله الثمن .. فلا بد من البيان.

(**وإن اشترى**) شيئاً بألف مثلاً (**بنسيئة، ورابح**) بمائة مثلاً (**بلا بيان**) أنه اشتراه نسيئة (..**خُيِّر المشتري**) بين الرد والقبول بجميع الثمن المسمى؛ لأن للأجل شبهاً بالمبيع.. فإنه يزاد في الثمن للأجل؛ فصار كأنه اشترى شيئين وباع أحدهما مرابحة بثمنها.. ففيه شبهة الخيانة، ولا بد من الاحتراز عنها.

فَإِن أَتْلَفَهُ ثمَّ علَم.. لزمَ كلُّ ثمنِه، وَكَذَا التَّوْلِيَةُ.

وَلَو اشْترى ثَوْبَيْنِ صفقة؛ كلاً بِخَمْسَةٍ.. كُرِه بيعُ أَحدِهمَا مُرَابحَةً بِخَمْسَةٍ بِلَا بَيَانٍ.

(**فإن أتلفه**) المشتري، (**ثم علم**) أن البائع اشتراه نسيئة.. (**لزم كل ثمنه**)؛ لأن الأجل لا يقابله شيء من الثمن في الحقيقة، بل فيه شبهة المقابلة.

فباعتبار هذه الشبهة: كان له الفسخ إن كان المبيع باقياً؛ احترازاً عن شبهة الخيانة.

وباعتبار الحقيقة: لا يسقط شيء من الثمن بعد الهلاك، وإلا لكان ما فرضناه شبهة حقيقة، وذلك باطل.

(**وكذا التولية**) فيما علم المشتري أنه كان اشتراه بأجل وباعه إياه من غير بيان .. فله الخيار.

وإن علمه بعد هلاكه .. لزمه بكل الثمن ؛ لما ذكرناه في المرابحة.

قال في «الزيلعي»: وهذا إذا كان الأجل مشروطاً في العقد؛ فإن لم يكن مشروطاً فيه، لكنه معتاد معروف بينهم أنه يؤخذ منهم في كل جمعة قدر معلوم .. قيل: لا بد من بيانه؛ لأن المعتاد كالمشروط، والجمهور: على أنه يبيعه مرابحة بلا بيان؛ لأن الثمن حال بالعقد.

(**ولو اشترى ثوبين**)؛ احترز به عن الكيلي والوزني والعددي؛ فإنه يجوز فيها المرابحة بلا بيان بالاتفاق (**صفقة واحدة**)؛ احترز به عما كان بصفقتين؛ فإنه يجوز بالاتفاق، (**كلّاً بخمسة**)؛ احترز به عما إذا لم يسم لكل واحد ثمناً؛ فإنه لا يجوز بالاتفاق، (**كُره بيع أحدهما مرابحة بخمسة بلا بيان**)؛ لأن الجيد قد يضم إلى الرديء لترويجه، فتمكنت الشبهة. هذا عند محمد.

وقالا: لا يكره؛ لأن ثمن كل ثوب معلوم، ولا اعتبار للجودة والرداءة مع تعيين الثمن .. فلا تهمة.

وَمن ولي بِمَا قَامَ عَلَيْهِ وَلم يعلَمْ مُشْتَرِيه قدرَهُ.. فسدَ، وَإِنْ علمَهُ فِي الْمجْلسِ.. خُيِّرَ.

(ومن ولي)؛ أي باع (تولية بما قام عليه ولم يعلم مشتريه قدره)؛ أي: قدر ما قام عليه (.. فسد) العقد لجهالة الثمن.

(وإن علم في [٩٩/ب] المجلس) صح البيع (وخير) المشتري بين الأخذ والترك؛ أما الصحة: فلعدم تقرر الفساد بعد، وأما الخيار: فللخلل بالرضاء؛ لأنه لا يتحقق قبل معرفة مقدار الثمن، كما لا يتحقق قبل الرؤية للجهل بالصفات.

* * *

(فَصْلٌ في بَيْعِ المَنْقُولِ)

لَا يَصحُّ بيعُ الْمَنْقُولِ قبلَ قَبضه.

(فَصْلٌ في بَيْعِ المَنْقُولِ)

(**لا يصح بيع المنقول**) نقلاً حسياً (**قبل قبضه**)، أي: لا يصح بيعه للبائع، ولا للأجنبي لما صح: أن النبي ﷺ نهى عن بيع ما لم يقبض؛ ولأن فيه انفساخ العقد الأول على اعتبار هلاك المبيع في يد البائع، وقد نهى النبي ﷺ عن بيع الغرر.

وعورض: بأن غرر الانفساخ متوهم بعد القبض أيضاً، باعتبار ظهور استحقاق المبيع، وليس بمانع.

وأجيب: بأنّ عدم جوازه قبل القبض ثبت بالنص المذكور على خلاف القياس، وليس ما بعد القبض في معناه حتى يلحق به؛ لأن ما قبل القبض يتوهم فيه غرر الانفساخ: بالهلاك والاستحقاق، وفيما بعده: بالاستحقاق فقط، ومعنى قبض المبيع: تفريغه بحيث يمكن للمشتري قبضه.

ويعتبر في صحته ثلاثة معان.

أحدها: أن يقول البائع: خليت بينك وبين المبيع.

الثاني: أن يكون المبيع بحضرة المشتري، بحيث يصل إلى أخذه من غير مانع.

الثالث: أن يكون مفرزاً غير مشغول بحق غيره؛ كذا في «الخلاصة» و«البزازية».

وقال قاضي خان في «فتاواه»: لو باع داراً وسلمها إلى المشتري، وفيها قليل متاع للبائع.. لم يكن تسليماً حتى يسلمها فارغة. انتهى.

وقال في شرحه على «الزيادات»: لو باع داراً وسلمها إلى المشتري، وفيها متاع البائع؛ فإنه يكون تسليماً؛ لأن هذا بمنزلة الشيوع أو دونه فيما يحتمل القسمة، والشيوع لم يمنع البيع، بخلاف الهبة؛ فإن الشيوع يمنعها فيما يحتمل القسمة، ألا ترى أنه لو باع ثمرة على رأس النخل وخلى بينه وبينها.. صح التسليم، ولو وهب الثمر وخلى.. لا يصح؟ انتهى.

فعلم منه: أن لزوم تفريغ المبيع عن متاع البائع في صحة تسليم المبيع وقبضه مختلف فيه، هذا في قبض نحو الدار.

وأما في غيرهما.. قالوا: كان أبو حنيفة يقول: القبض أن يقول البائع: قد خليت بينك وبين المبيع فاقبضه، ويقول المشتري وهو عند البائع: قد قبضته، فإن أخذ برأسه وصاحبه عنده وقاده.. فهو قبض، سواء كان دابة أو بعيراً.

وإن كان غلاماً أو جارية فقال له المشتري: تعال معي وامش معي فتخطى معه.. فهو قبض، وكذا لو أرسله في حاجته.

وفي الثوب: إن أخذه بيده أو خلى بينه وبينه وهو موضوع على الأرض فقال: قد خليت بينك [وبينه] فاقبضه، فقال المشتري: قد قبضته.. فهو قبض. انتهى.

فظهر منه: أن مجرّد تخلية البائع [١٠٠/أ] لا تكفي، ما لم يكن من المشتري شيء يدلّ على قبضه من قول أو فعل.

وقال في «قاضي خان»: أجمعوا على أن التخلية في البيع الجائز تكون قبضاً.

وفي البيع الفاسد: روايتان، والصحيح: أنه قبض. وفي الهبة الفاسدة: لا يكون قبضاً باتفاق الروايات.

واختلفوا في الهبة الجائزة، ذكر أبو الليث: أنه لا يصير قابضاً بالتخلية في قول أبي يوسف، وذكر شمس الأئمة الحلواني: أنه يصير قابضاً، ولم يذكر فيه خلافاً. انتهى.

والذي ظهر منه: أن مجرد التخلية كافية في القبض، ويمكن التوقيق بينهما بالعناية.

وهل يلزم أن لا يكون المبيع شاغلاً حق الغير؟

ففي «قاضي خان»: إن كان شاغلاً حق الغير كالحنطة في جوالق البائع، أو ما أشبه ذلك.. فذاك لا يمنع التخلية بالاتفاق.

واختلف أبو يوسف ومحمد في التخلية في دار البائع: قال أبو يوسف: لا يكون تخلية.

وقال محمد: يكون تخلية.

ومن ذلك: رجل باع خادماً، فقال البائع: خليت بينك وبين الخادم فاقبضه، والخادم في منزل البائع، فقال المشتري: دعه إلى الغد وأبى أن يقبض، فهلك الخادم.. فإنه يموت من مال المشتري عند محمد، ومن مال البائع في قول أبي يوسف.

هذا، ثم قال بعد ورقة: رجل اشترى ثوباً ولم يقبضه ولم ينقد الثمن، فقال للبائع: لا أثمنك عليه، ادفعه إلى فلان، فيكون عنده حتى ادفع إليك الثمن، فدفعه البائع إلى فلان فهلك عنده.. كان الهلاك على البائع؛ لأن المدفوع إليه يمسكه بالثمن لأجل البائع، فتكون يده كيد البائع.

رجل اشترى جارية ولم يقبضها، فقال للبائع: بعها أو طَأْها، أو كان طعاماً، فقال: كله، ففعل.. فإن ذلك يكون فسخاً للبيع.

أما الأكل والوطء؛ فإن البائع لا يصلح نائباً عن المشتري في ذلك، فجعل مجازاً عن الفسخ حتى يكون واطئاً وآكلاً مال نفسه.

وأما البيع.. فهو على وجوه ثلاثة:

إن قال البائع: بعه لنفسك فباعه.. يكون فسخاً.

ولو قال: بعه.. لا يجوز البيع ولا يكون فسخاً.

ولو قال: بعه ممن شئت فباعه.. كان فسخاً، ويجوز البيع الثاني للمأمور في قول محمد.

وقال أبو حنيفة: لا يكون فسخاً، وهو كقوله: بعه لي.

وَيصِحُّ فِي الْعقارِ، خلافاً لمُحَمد.

ولو اشترى ثوباً أو حنطة، فقال للبائع: بعه، قال أبو بكر محمد بن الفضل: إن كان ذلك قبل قبض المشتري وقبل الرؤية.. يكون فسخاً، وإن لم يقل البائع: نعم؛ لأن المشتري ينفرد بالفسخ في خيار الرؤية.

وإن قال: بعه لي؛ أي: كن وكيلي في الفسخ.. فما لم يقبل البائع ولم يقل: نعم، وكان ذلك قبل القبض والرؤية [١٠٠/ب].. لا يكون فسخاً.

وإن كان ذلك بعد القبض والرؤية.. لا يكون فسخاً، ويكون وكيلاً بالبيع؛ سواء قال: بعه أو بعه لي.

باع المبيع من البائع قبل القبض.. لا يجوز البيع الثاني، ولا ينفسخ الأول.

ولو وهب من الأول.. لا تجوز الهبة أيضاً، وينفسخ البيع إذا قبل. انتهى.

(**ويصح في العقار**) عندهما إن كان البيع الأول صحيحاً، وإلا.. فلا يجوز؛ لأن المبيع بيعاً فاسداً لا يملكه المشتري قبل القبض، وبيع ما لم يملكه: باطل.

(**خلافاً لمحمد**)، عملاً بإطلاق ما روينا، واعتباراً بالمنقول، وصار كالإجارة والهبة.. فإنهما في العقار لا تجوز قبل القبض بالاتفاق، على ما صرّح به في «قاضي خان» حيث قال: اشترى داراً أو عقاراً، فوهبها قبل القبض من غير البائع.. لا يجوز عند الكل، ولو أجرها قبل القبض من البائع أو غيره.. لا يجوز عند الكل.

ولهما: أن ركن البيع صدر من أهله؛ لكونه عاقلاً بالغاً غير محجور عليه، ووقع في محله وهو المملوك له، والمانع وهو غرر الانفساخ مرتفع؛ لأنه باعتبار الهلاك، وهو في العقار نادر.. فصحّ خلاف المنقول لوجود المانع فيه.

فإن قيل: لا نسلم أن المانع في العقار مرتفع؛ فإنه يوجد بالرد بالعيب.

أجيب: بأنه لما جاز بيع العقار قبل القبض.. صار ملكاً للمشتري، فلا يملك المشتري الأول الرد على بائعه، وعلى تقدير جوازه: يردّه بقضاء القاضي، وكلامنا

وَمن اشْترى كيلّياً كَيْلاً.. لَا يجوزُ لَهُ بَيْعُه وَلَا أكلُه حَتَّى يكيلَه، ....

في غرر الانفساخ، وما ذكرتم غرر الفسخ، والحديث المذكور معلول به.. فلم يدخل فيه العقار، فجاز بيعه قبل القبض؛ عملاً بالكتاب والسنة والإجماع.

وتحقيقه: أن الأصل أن يكون بيع المنقول وغير المنقول قبل القبض جائزاً؛ لعموم قوله تعالى: ﴿وَأَحَلَّ ٱللَّهُ ٱلْبَيْعَ﴾، لكنه لما خص منه الربا بدليل مستقل مقارن.. جاز تخصيصه بخبر الواحد أيضاً، وهو ما روينا: أنه ﷺ نهى عن بيع ما لم يقبض؛ فإن كان هذا معللاً بغرر الانفساخ.. فلا يتناول العقار وهو المطلوب، وإن لم يكن معللاً به.. فقد وقع التعارض بينه وبين دليل الجواز ، وذلك يقتضي التساقط والإعمال متعين فيما أمكن، وقد أمكن فيما إذا جعل معللاً بذلك لثبوت التوفيق، فجعلناه معللاً، فعملنا بها، فلا يتناول العقار والصداق وبدل الخلع؛ لجواز التصرف فيها قبل القبض أيضاً، ومسألة الإجارة خلافية أيضاً، ولو سلم أنها اتفاقية.. لكن المعقود عليه في الإجارة هو المنفعة، وهلاكها غير نادر كالمنقول.

والقبض في الهبة شرط لانعقادها، ومن لم يكن قابضاً.. لا يكون مقبضاً، قال في الخامس من بيوع «الجواهر»: إذا باع عقاراً [١٠١/أ] ملكه، لكن في يد آخر.. الفتوى: على أنه لا يصح؛ عملاً بقول محمد؛ لأنه لا يقدر على تسليمه.

(**ومن اشترى كيلياً**)، فيه إشارة إلى أنه لو ملك كيلياً بهبة أو وصية أو إرث.. يجوز له التصرف فيه، قيل: الكيل بالبيع وغيره، وكذا الحكم فيما إذا كان الكيلي والوزني ثمناً، حيث يجوز التصرف فيه قبل الكيل أو الوزن (**كيلاً**) أي: بشرط أن يكايله، لا جزافاً (.. **لا يجوز له**)، أي لهذا المشتري (**بيعه، ولا أكله حتى يكيله**)؛ لما روي: أنه ﷺ نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان، صاع البائع وصاع المشتري.

قوله: «لا يجوز» أعمّ من الفساد والإثم، أي: يفسد بيع هذا المشتري على ما نصّ عليه في «الجامع الصغير» ويأثم بأكله.

وَكفى كيلُ البَائِعِ بعدَ العقدِ بِحَضْرَتِهِ، ....

ومنه علم: أن قوله: «لا يجوز» أحسن من قول «الكنز»: حرم بيعه؛ لأن عدم الجواز أعم من الفساد والإثم، بخلاف الحرمة.

قال في «فتح القدير»: إن بيع المشتري فاسد، ونص على الفساد في «الجامع الصغير»، ونصّ على أنه لو أكله وقد قبضه بلا كيل.. لا يقال أنه أكل حراماً؛ لأنه أكل ملك نفسه، إلّا أنه أثم لتركه ما أمر به من الكيل.

(وكفى كيل البائع بعد العقد) احترز به عن كيل البائع قبل العقد؛ إذ لا عبرة به، وإن كان بحضرة المشتري؛ لأن الشرط صاع العاقدين على ما رويناه.

قال في «قاضي خان»: لو اشترى حنطة على أنها كر، فقال له البائع هي كر، كلتها الآن لفلان، فلم يأخذها، فخذها بعشرة، فأخذها على ذلك.. قالوا: لا يجوز له أن يتصرف فيه حتى يكيل مرةً أخرى، وكذلك الموزون؛ فإن لم يكله حتى باعه من غيره بعد القبض، أو طحنها وأكل خبزها.. قالوا: لا يطيب له؛ لنهي النبي ﷺ.

وقال الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل: النهي محمول على ما إذا لم يكن المشتري حاضراً وقت كيل البايع؛ فإن كان حاضراً ورأى العين رأياً.. لا يحتاج إلى الكيل بعد ذلك، قال: وكذلك الجواب في القصّاب والخباز إذا قال: وزنت الآن لفلان، وإن لم يكن المشتري حاضراً.. يحتاج إلى الوزن مرة أخرى، وإن كان حاضراً حين وزنه البائع.. كفاه ذلك.

وفي الذرعان إذا اشترى ثوباً وقال له البائع: هو عشرة أذرع ذرعته الآن، وصدقه المشتري في ذلك.. كفاه.

وفي العدديات: روايتان.

(بحضرته) أي: حضرة المشتري؛ إذ لا عبرة لكيله في غيبة المشتري أو وكيله، ولو بعد العقد معه؛ لأن الكيل من باب التسليم، ولا تسليم إلا بحضرته.

هُوَ الصَّحِيحُ.

وَمثله الوزنيُّ، والعدديُّ،......................................

(هو الصحيح)؛ لأن المبيع صار معلوماً بكيل واحد وتحقق التسليم وهو المقتضي، وانتفى المانع وهو احتمال الزيادة.

قيل: إنه لا يكفي، بل لا بد فيه من كيل جديد؛ لظاهر ما رويناه [١٠١/ب].

قلنا: إنه محمول على ما اجتمع فيه الصفقتان على ما سيأتي في باب السّلم: أن من أسلم في كر ظلماً.. حلّ الأجل.

اشترى المسلم إليه من رجل كراً، وأمر ربّ السلم بقبضه.. لم يكن قبضاً، وإن أمره أن يقبضه له، ثم يقبضه لنفسه، فاكتاله له ثم اكتاله لنفسه.. جاز؛ لأنه اجتمعت فيه الصفقتان بشرط الكيل، فلابد من الكيل مرتين.

واعلم: أنّ هذه المسألة على أربعة أقسام:

اشترى مكايلة أو مجازفة وباع كذلك، أو اشترى مكايلة وباع مجازفة، أو بالعكس.

ففي الأول: لم يجز للمشتري الثاني أن يبيعه ويأكله حتى يعيد الكيل لنفسه؛ كالمشتري الأول لما روينا.

وفي الثاني: لا يحتاج إلى الكيل؛ لعدم الافتقار إلى تعيين المقدار.

وفي الثالث: لا يحتاج المشتري الثاني إلى كيل.

وفي الرابع: يحتاج إلى كيل واحد؛ إما كيل المشتري أو كيل البائع بحضرته.

(ومثله) أي مثل الكيلي: (الوزني) كالسمن والحديد؛ لأنه في معنى ما ورد فيه النص في احتمال الزيادة على القدر المشروط، فيلحق به دلالة.

(والعددي) فيما روي عن أبي حنيفة، وهو قول الكرخي لما ذكرناه.

وعن أبي يوسف ومحمد: أنه ليس مثل الكيلي، بل مثل الوزني على ما سيأتي حكمه، حتى جاز بيع الواحد بالاثنين.

لَا المذروع.

وَصَحَّ التَّصَرُّفُ فِي الثّمنِ قبلَ قَبضِه والحطُّ مِنْهُ، وَالزِّيَادَةُ فِيهِ: حَالَ قيامِ الْمَبِيعِ لَا بعدَ هَلَاكه، وكذاالزيادةُ فِي الْمَبِيعِ.

(**لا المذروع**)؛ لأن الذرع وصف في الثوب، فلا يقابله شيء من الثمن، فتكون الزيادة للمشتري، فلم يكن في معنى ما ورد فيه النص؛ لأن القدر فيه مبيع لا وصف.

(**وصح التصرف في الثمن قبل قبضه**) سواء كان مما لا يتعين كالنقود، أو مما يتعين كالعروض، حتى لو باع إبلاً بدراهم أو بكر من الحنطة.. جاز أن يأخذ بدله شيئاً آخر، هكذا روي عن عمر مرفوعاً؛ ولأن المطلق - وهو الملك - قائم فيه.

(و)صح للبائع (**الحطّ منه، و**)صحّ للمشتري (**الزيادة فيه**)، أي في الثمن (**حال قيام المبيع لا بعد هلاكه**) في ظاهر الرواية؛ لأن المبيع بعد الهلاك لم يبق على حالة يصح الاعتياض عنه؛ إذ الاعتياض إنما يكون في موجود، والشيء يثبت ثم يستند، ولم تثبت الزيادة؛ لعدم ما يقابله.. فلا يستند، بخلاف الحط؛ لأنه بحال يمكن إخراج البدل عما يقابله؛ لكونه إسقاطاً، والإسقاط لا يسلتزم ثبوت ما يقابله.. فيثبت الحط في الحال، ويلتحق بأصل العقد استناداً.

وفي رواية الحسن عن أبي حنيفة: أنه تصح زيادة الثمن، ولو بعد هلاك المبيع.

(**وكذا**) أي تصح (**الزيادة في المبيع**) قبل الهلاك وبعده؛ أما الأول: فظاهر.

وأما الثاني: فلما ذكره محمد في «المنتقى»: لو اشترى جارية وقبض فماتت فزاده البائع جارية أخرى.. جاز؛ لأن هذه الزيادة تثبت في مقابلة الثمن، والثمن قائم، ولو زاد المشتري في الثمن.. لم يجز؛ لأن الزيادة في جانبه ثبتت مقابلة بالمبيع، والمبيع هالك، وهلاك المبيع يمنع [١٠٢/أ] الزيادة في الثمن.

ولو أعتق المبيع أو كاتبه أو دبّره أو استولدها أو تخمر العصير أو أخرج عن ملكه، ثم زاد عليه.. جاز عند أبي حنيفة، خلافاً لهما.

وعلى هذا الخلاف: الزيادة على مهر المرأة بعد موتها.

قال في «الخلاصة» و«البزازية»: الزيادة في الثمن والمثمن جائزة حال قيامها، سواء كانت الزيادة من جنس الثمن أو من غير جنسه، ولو بعد المدّة، ولا ينفعه الندامة بعد الزيادة حتى يجبر المشتري على تسليمها إن أبى، ويلتحق بأصل العقد حتى يرد معها إن رد. وشرط زيادة الثمن بقاء المبيع، وكونه محلاً للتقابل في حق المشتري حقيقة.

وجوز البقالي الزيادة في المبيع بعد هلاكه، بخلاف الزيادة في الثمن على ظاهر الرواية.

ولو كانت جارية فأعتقها أو أنشأ فيها شعب العتق؛ من التدبير والكتابة والاستيلاد.. لا تصح الزيادة في الثمن، كما لو باعها من غيره، وهو قولهما.

ورويا عن أبي حنيفة: أنه يجوز.

ولو أجرها أو رهنها أو اشترى شاة فذبحها.. تجوز الزيادة في الثمن، لا بعد موت الشاة؛ لعدم بقاء المحل للبيع.

وفي الأول باق لقيام الاسم والصورة وبعض المنافع.

وأحد عشر فعلاً من المشتري تمنع الزيادة في الثمن:

أولها: إذا كانت حنطة فطحنها، أو دقيقاً فخبزه، أو لحماً فجعله قلية، أو سكباجة جعلها إرباً إرباً، أو كان عبداً فأعتقه، أو كاتبه، أو دبره، أو استولد الجارية، أو قطنا فغزله، أو غزلاً فنسجه، الحادي عشر: لو كانت جارية فماتت.

ولو فعل المشتري اثني عشر فعلاً ثم زاد.. تجوز:

أولها: المبيع لو كانت شاة فذبحها.. جازت الزيادة، وإن كان محلوجاً فندفه، أو غير محلوج فحلجه، أو كرباساً فخاط خريطة من غير أن يقطعه، أو حديداً فجعله سيفاً، أو كانت جارية فرهنها، أو أجرها، أو أجر الأرض: ثم زاد في الثمن، أو باع المبيع، ثم أن المتشري لقي البائع فزاد في الثمن.. جاز:

أو كانت الأرض مزارعة وزاد ربّ الأض سدساً في نصيب المزارع، والبذر والثور منه قبل أن يستحصد.. جاز، وبعده لا.

ولا بد للزيادة من قبول الآخر، حتى لو لم يقبل وتفرقا عن المجلس قبل قبول الآخر.. بطلت الزيادة.

وكما تصح من العاقدين.. تصح في الورثة أيضاً.

وتصح الزيادة أيضاً إن كانت مفسدة للعقد والتحقت بأصل العقد ويفسد العقد.

وعندهما: لا تلحق بأصل العقد، ولا تصح الزيادة.

وتصح الزيادة من الأجنبي أيضاً، لكنه إن بأمر المشتري.. يلزمه، لا على الأجنبي كالصلح، وإن كان بلا أمره؛ إن أجاز.. جاز، وإن ردّه.. بطلت.

ولو كان حين زاد ضمنها عن المشتري [١٠٢/ب]، أو أضافها إلى مال نفسه.. لزمت الأجنبي.

وإن كان بأمر المشتري.. رجع عليه. وإن لا بأمره.. لا يرجع.

والحط جائز في جميع المواضع، جازت الزيادة أو لا، لكنه إن حط بعض الثمن.. التحق بالعقد، وإن حطّ كله.. لا يلتحق.

وذكر شمس الأئمة: أنّ هبة الكلّ حط أيضاً، لكن لا يلتحق بأصل العقد.

وقالوا: إن حط البعض إنما يلتحق إذا لم يكن المحطوط تبعاً ووصفاً؛ كمن باع بألف جياد فنقد البائع زيوفا أو بهرجة ورضي به البائع، أو باع بالعبد سليم العين داراً، فاعور العبد، فأخذه البائع ورضي به.. فالشفيع: يأخذ بألف جياد في الأول، وبقيمة عبد سليم في الثاني.

ولا يلتحق الوصف بأصل العقد، بخلاف ما لو حطّ بعض الثمن؛ حيث يأخذ الشفيع بالباقي.

وَيتَعَلَّقُ الاستحقاقُ بِكُلِّ ذَلِك، ....

(ويتعلق الاستحقاق بكل ذلك)، أي: بكل من الأصل والزيادة والحطّ، حتى يملك البائع حبس المبيع، حتى يستوفي الأصل والزيادة من الثمن، ولا يملك المشتري مطالبة المبيع من البائع حتى يدفعهما إليه، ويستحق المشتري مطالبة المبيع كله بتسليم ما بقي بعد الحط.

وإذا استحق المبيع.. يرجع المشتري على البائع بالأصل والزيادة.

ثم إذا جازت الزيادة والحط وتعلق الاستحقاق بكلٍّ منهما.. التحق كل منهما بأصل العقد عندنا، فصار كأن العقد ورد ابتداءً على الأصل والزيادة معاً.

وقال زفر والشافعي: يصحان، لا على طريق الالتحاق به، بل على طريق الصلة ابتداء، حتى لا تتم إلّا بالتسليم؛ لأنه لا يمكن تصحيح الزيادة ثمناً، وإلّا.. لزم أن يكون ملكه عوض ملكه؛ لأن المشتري ملك المبيع بالعقد بما سمي ثمناً، فالزيادة في الثمن تكون في مقابلة ملك نفسه وهو المبيع، وذلك لا يجوز.

وفي الحط: الثمن كله مقابل لكل المبيع، فلا يمكن إخراجه عن ذلك، فصار براً مبتدأ.

قلنا: إن كلّا من البائع والمشتري بالحط والزيادة غيّر العقد بتراضيهما من وصف مشروع إلى وصف مشروع؛ لأن البيع المشروع: خاسر، ورابح، وعدل.

والزيادة في الثمن: تجعل الخاسر عدلاً، والعدل رابحاً.

والحط: يجعل الرابح عدلاً، والعدل خاسراً.

وكذلك الزيادة في المبيع.

ولهما ولاية التصرف برفع أصل العقد بالإقالة، فأولى أن يكون لهما ولاية التغيير من وصف إلى وصف.

فيرابح ويولي على الْكلِّ: إن زِيد، وعَلى مَا بَقِي: إِنْ حطَّ.

وَالشَّفِيعُ يَأْخُذُ بِالْأَقَلِّ فِي الْفَصْلَيْنِ.

وَمن قَالَ: بعْ عَبدَك من زيدٍ بِأَلفٍ على أَنِّي ضَامِنٌ كَذَا من الثّمنِ سوى الْألفِ.. أَخذَ الْألفَ من زيدٍ وَالزِّيَادَةَ مِنْهُ.

وَإِن لم يقلْ: منَ الثّمنِ.. فالألفُ على زيدٍ، وَلَا شَيْءَ عَلَيْهِ.

ثم فرع على الالتحاق المفهوم من كلامه فقال: (**فيرابح ويولى**)، أي يبيع مرابحة وتولية (**على الكل إن زيد**) في الثمن، أو في المبيع، (**وعلى ما بقي**) من الثمن بعد الحط (**إن حط**).

حتى لو قال المشتري: وليتك هذا الشيء.. وقع عقد التولية على ما بقي من الثمن؛ وكذا الزيادة.

(**والشفيع يأخذ بالأقل في الفصلين**)، أي: فصل الزيادة [١٠٣/أ] والحط؛ لأن حقّ الشفيع تعلّق بالعقد الأول، وفي الزيادة إبطال له، وليس لهما ولاية على إبطال حق الغير بتراضيهما.

(**ومن قال**) لآخر: (**بع عبدك من زيد بألف**)، أي: طلب من آخر شراء عبده بألف وهو لا يبيع إلا بألف ومائة، والمشتري لا يرغب إلا بألف فجاء آخر وقال: بع عبدك هذا من زيد بألف (**على أني ضامن كذا من الثمن سوى الألف.. أخذ الألف من زيد والزيادة منه**) أي: من الضامن؛ لأنه التزم الزيادة بمقابلتها المبيع تسمية وصورة، فيضمنها، والزيادة في الثمن من الأجنبي مشروعة بغير مال يقابلها، بخلاف أصل الثمن؛ فإنه لم يشرع إلا في مقابلة المبيع، فلم يجز من الأجنبي.

(**وإن لم يقل: من الثمن.. فالألف على زيد، ولا شيء عليه**) أي: على الضامن؛ لأنه ليس بضامن حقيقة؛ لأنه لما لم يقابل الزيادة المبيع، لا تسمية ولا صورة، وهو مدار الضمان كما في الصورة الأولى.. فلا يضمن.

وكلُّ دينٍ أُجِّلَ بِأَجلٍ مَعْلُومٍ.. صَحَّ تَأْجِيلُه، إِلّا الْقَرْضَ إِلّا فِي الْوَصِيَّة.

(وكل دين) حال في أصله أو غير حال (أجل بأجل معلوم.. صح) أي لزم (تأجيله).

خلافاً لزفر والشافعي؛ اعتباراً بالقرض.

ولنا: أن الثمن حقه، فجاز أن يتصرف فيه بالتأجيل وفقاً لمن عليه الدين؛ لأنه يملك التصرف فيه بالإبراء، فلأن يملكه بالتأجيل: أولى، لكنه لا بدّ من قبول مَن عليه الدين، حتى لو لم يقبله.. بطل التأجيل ويكون حالاً على ما في «الإسبيجابي».

(إلّا القرض)؛ لأنه في الابتداء: صلة وإعارة، فهو بهذا الاعتبار تبرع، حتى لا يملكه من لا يملك له التبرع كالوصي والصبي، ويصح بلفظ الإعارة.

ومعاوضة: في الانتهاء؛ لأن الواجب بالقرض ردّ المثل لا رد العين.

فعلى اعتبار الابتداء.. لا يلزم التأجيل فيه كما في الإعارة؛ إذ لا جبر في التبرعات.

وعلى اعتبار الانتهاء.. لا يصح؛ لأنه يصير بيع الدراهم بالدراهم نسيئة وهو ربا، وهذا يقتضي فساد القرض، لكن ندب إليه، وأجمع الأئمة على جوازه، فاعتمدنا على الابتداء، وقلنا بجوازه بلا لزوم.

(إلّا في الوصية) إذا أوصى بأن يقرض من ماله ألف درهم فلاناً إلى سنة.. يصح تأجيله، ويلزم أن يقرضوه من ثلث ماله، ولا يطالبوه قبل المدة؛ لأنه من باب الوصية بالتبرع؛ كالوصية بالخدمة والسكنى، ويلزم في الوصية ما لا يلزم في غيرها، ألا ترى أنه لو أوصى بثمرة بستانه لفلان.. صح ولزم وإن كانت معلومة حال الوصية.

وكذا يصح التأجيل فيما إذا أحال المستقرض المقرض على آخر بدينه وأجله المقرض مدة معلومة، حتى لو أراد المقرض أن يطالب المستقرض بذلك الدين..

وَلَا يَصحُّ التَّأْجِيلُ إِلَى أجلٍ مَجْهُولٍ متفاحِشٍ؛ كهبوبِ الرِّيحِ.

وَيصِحُّ فِي المتقارِبِ كالحَصاد وَنَحْوِهِ.

ليس له ذلك؛ لأن الحوالة مبرئة [١٠٣/ب] براءة الدين في رواية، وبراءة المطالبة في أخرى على ما في «العمادية».

(ولا يصحُّ التأجيل إلى أجل مجهول متفاحش؛ كهبوب الريح) ونزول المطر؛ لإفضائها إلى المنازعة؛ لأن هذه الأوقات قد تتقدّم وقد تتأخر.

(ويصح في المتقارب؛ كالحصاد ونحوه) من الدياس وغيره؛ لأن الجهالة اليسيرة منحلة في الأجل، بخلاف البيع على ما تقدّم.

ويصح تعليق التأجيل بالشرط؛ فلو قال رب الدين لمن عليه ألف حالة: إن دفعت إليَّ خمسمائة؛ فالخمسمائة الأخرى مؤخرة عندك إلى سنة.. فهو جائز، كذا في «البحر» عن «الذخيرة».

ولا يبطل التأجيل بموت البائع، ويبطل بموت المشتري، ويصير الدين حالاً.

ولو أجل الدائن وارث المشتري شهراً مثلاً.. لا يصح، كذا في «الخلاصة»، قال في بعدما نقل عبارة «الخلاصة»: وظاهره: أنّه في كل دين كذلك، وذكره في «القنية» في القرض. انتهى كلام «البحر».

ثم قال: لا يصح تأجيل المشتري الشفيع في الثمن، ولا تأجيل ثمن المبيع عند الإقالة.

والحاصل: أن تأجيل الدين على ثلاثة أوجه.

باطل: وهو تأجيل بدل الصرف والسّلم.

وصحيح غير لازم: وهو القرض والدين بعد موت المديون، وتأجيل الشفيع، وثمن المبيع بعد الإقالة.

ولازم: فيما عدا ذلك.

* * *

(بَاب الرِّبَا)

هُوَ: فَضْلُ مَالٍ، خَالٍ عَن عوضٍ، شُرِطَ لأحدِ الْعَاقِدين، فِي مُعَاوضَةِ مَالٍ بِمَالٍ.

(بَابُ الرِّبَا)

هو في اللغة: الزيادة، ويقال: في النسبة: ربوي، بكسر الراء، وفتحها: خطأ، على ما في «المغرب».

وفي الشرع: (**هو فضل مال خال عن عوض**) احترز به عن نحو بيع كرِّ بُرٍ وكر شعير بكُرَّي برّ وكرّي شعير؛ فإن للثاني فضلاً على الأول، لكنه غير خال عن العوض؛ لصرف الجنس إلى خلاف جنسه، فلا يلزم الربا، كذا في «البحر».

(**شرط**) أي ذلك الفضل، وقد أرجع الشيخ علاء الدين الأسود في «شرح الوقاية» ضمير شرط إلى العوض، والصواب: ما قلنا.

(**لأحد العاقدين**) سواء كانا بائعين أو مقرضين أو راهنين.. قيّد بالعاقدين؛ احترازاً عن غير العاقدين، حتى لو شرط الفضل لغير العاقدين.. لا يكون الفضل المشروط ربا.

(**في معاوضة مال بمال**) احترز به عن الفضل الخالي عن عوض في الهبة، فإنها تبرع، والربا لا تجري في التبرعات.

اعلم: أنّ المراد بفضل المال: أعمّ من الفضل الحسّي والفضل المعنوي، فيدخل فيه بيع الدراهم بالدراهم نسيئة مثلاً بمثل، وكذا دخل فيه ما لو تبايعا مثلاً بمثل يداً بيد، لكن بشرط منفعة أحد العاقدين بالرهن والاستخدام أو الركوب أو المزارعة أو اللبس أو شرب العين أو أكل الثمر أو غيرها من الشروط الفاسدة؛ فإن كلّها ربا.

وكذا البيع إلى أجل مجهول؛ لوجود الفضل الخالي عن العوض فيها، على ما أشار إليه علاء الدين في [١٠٤/أ] «شرح الوقاية»؛ وذلك لأن للنقد فضلاً على النسيئة.

وكذا للمشروط بشرط النفع فضلاً عن غير المشروط، وهل يملك المشتري تلك الزيادة بالقبض مع كونها حراماً؟

ففي «البحر» نقلاً عن «جمع العلوم» وغيره: أن المشتري يملك الدراهم الزائدة إذا قبضه فيما إذا اشترى درهمين بدرهم، فإنهم جعلوه من قبيل البيع الفاسد، ويؤيده ما ذكره الأصوليون: أن الربا أو سائر البيوع الفاسدة من قبيل ما كان مشروعاً بأصله دون وصفه.

وقال في «البحر»: نصّ في «الجامع الصغير» على فساده؛ لأن سبب النهي عنه أمر راجع إلى المبيع. انتهى.

وهل يبرأ عن الربا بإبراء صاحب الحق؟

ففي أواخر كتاب المداينات من «القنية» أنه قال: قال أستاذنا: وقعت واقعة في زماننا، أن رجلاً كان يشتري الذهب الرديء زماناً: الدينار بخمسة دوانق، ثم تنبه فاستحلّ منهم، فأبرؤوه عما بقي لهم عليه من الدينار حال كون ذلك مستهلكاً.

فكتبت أنا وغيري: أنه يبرأ.

وكتب ركن الدين الزنجاني في: الإبراء لا يعمل في الربا؛ لأن ردّه لحق الشرع.

وقال: أجاب به نجم الأئمة الحكمي معللاً بهذا التعليل، وقال: هكذا سمعته عن ظهير الدين المرغيناني.

وقال: فقرّب من ظني: أن الجواب كذلك مع تردّد، فكنت أطلب الفتوى لأمحو جوابي، فعرض على علاء الأئمة الحناطي فأجاب: أنه يبرأ إذا كان الإبراء بعد الهلاك، وغضب من جواب غيره: أنه لا يبرأ، فازداد ظني بصحة جوابي ولم أمحه.

ويدل على صحته: ما ذكره البزدوي في «غناء الفقهاء» من جملة صور البيع

وعلته: الْقدرُ وَالْجِنْسُ.

الفاسد جملة العقود الزيوف بملك العوض فيها بالقبض. قال: فإذا كان فضل الربا مملوكاً للقابض بالقبض؛ فإذا استهلكه على ملكه.. ضمن مثله، فلو لم يصح الإبراء وردّ مثله.. يكون ذلك ردّ ضمان ما استهلك، لا رد عين ما استهلك، وبرد ضمان ما استهلك.. لا يرتفع العقد السابق، بل يتقرر مفيداً للملك في فضل الربا، فلم يكن في رده فائدة نقض عقد الربا، فكيف يجب ذلك حقاً للشرع؟ وإنما الذي يجب حقاً للشرع: ردّ عين الربا إن كان قائماً، لا رد ضمانه. انتهى كلام «القنية».

فظهر منه: صحة الإبراء في الربا كما أجاب علاء الدين.

ثم حرمة الربا ثابتة بالكتاب والسنة والإجماع على ما بين في «المفصّلات».

(وعلّته) أي: علة الربا، أو حرمة الربا، أو تحريم الزيادة، أو وجوب المساواة التي يلزم عند فواتها الربا ولكل ذهب.

والمراد بالعلة: ما يضاف إليها ثبوت الحكم بلا واسطة.

(القدر)، أي: الكيل والوزن (والجنس)، أي: كلاهما معاً.

قال في «الخلاصة» نقلاً [١٠٤/ب] عن «شرح الطحاوي»: قال أصحابنا: علّة الربا: الكيل مع الجنس في المكيلات، والوزن مع الجنس في الموزونات:

فإذا اجتمعا.. حرم التفاضل والنَّساء.

وإذا عدما.. حل التفاضل والنَّساء.

وإن وجد أحدهما وعدم الآخر؛ 'ما الكيل أو الوزن.. حل التفاضل وحرم النساء.

وأما الجنس بانفراد.. حل التفاضل وحرم النساء عندنا، فلو باع تفاحة بتفاحتين أو حفنة بحفنتين من الحنطة.. يجوز عندنا؛ لعدم الكيل. انتهى.

والأصل ههنا: ما رواه في «الصحيحين»، واللفظ لمسلم: أنه ﷺ «نهى عن بيع الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، والبر بالبر، والشعير بالشعير، والتمر بالتمر،

والملح بالملح، إلا سواء بسواء، عيناً بعين، فمن زاد أو ازداد.. فقد ربا».

وهو معلل في حق وجوب المماثلة بالاتفاق؛ لأن قوله: «عيناً بعين، يداً بيد» يوجب تعيين البدلين في هذه الأشياء؛ احترازاً عن شبهة الفضل؛ لأن النقد خير من النسيئة، وقد وجدنا هذا الحكم، أي وجوب التعيين متعدياً عن بيع هذه النسيئة إلى غيرها، حتى وجب التعيين في بيع الحنطة بالشعير مثلاً أيضاً؛ حيث لم يجز بيع حنطة بعينها بشعير لا بعينه، وإن كان حالاً وذكر الأوصاف.

وحتى شرط الشافعي التقابض في المجلس في بيع الطعام بالطعام؛ سواء اتحد الجنس أو اختلف؛ ليحصل التعيين؛ فإذا أخذ هذه التعدية باتفاقهم.. ثبت أن هذا النص معلل في حق وجوب التعيين؛ إذ لا تعدية بدون التعليل، وإذا ثبت كونه معللاً في حق وجوب التعيين.. ثبت كونه معللاً في حق وجوب المماثلة بالاتفاق بدلالة الاتفاق الأول، حتى يتعدى إلى سائر الموزونات والمكيلات الغير المنصوصة؛ كالحديد والجص والأرز.

لكن العلة عندنا: هو القدر مع الجنس.

وعند مالك: هو الطعم والادخار مع الجنس، فكل ما كان مقتاتاً مدّخراً.. يجري فيه الربا، أو ما لا.. فلا.

وعند الشافعي: الطعم في المطعومات، والثمنية في الأثمان، والجنسية شرط فيهما لعمل العلة، وإن الأصل عنده: حرمة العقد في الأموال الربوية: عند المقابلة بجنسها، والمساواة والتقابض في المجلس.. مخلص عن الحرمة؛ لأن الشارع نص على الشرطين: التقابض والمماثلة؛ لأنه قال: «يداً بيد، مثلاً بمثل» منصوبان على الحال، والأحوال شروط، وكلّ من هذين الشرطين يشعر بالغرة والخطر؛ كالشهادة في النكاح معلل بعلة تناسب إظهار الخطر والغرة، وهو: **الطعم**؛ لكونه سبباً لبقاء الإنسان، **والثمنية**؛ لكونها سبباً لبقاء الأموال، ولا أثر للجنسية في إظهار الخطر والغرة، فجعلناها شرطا لتأدية [١٠٥/أ] العلة.

قلنا: إن النص المذكور واجب المماثلة شرطاً في البيع؛ لما ذكرناه: أنه حال، والأحوال شروط، وأنه هو المقصود من سوق هذا النص.

إما لتحقيق معنى البيع: فإنه مبادلة مال بمال، والتبادل يحصل بالتماثل.

وإما لصيانة أموال الناس عن التوي[1].

وإذا ثبت وجوب المماثلة شرطا.. لزم عند فواته حرمة الربا؛ لفوات شرط الحل.

ثم المماثلة بين الشيئين إنما تكون باعتبار الصورة والمعنى، والقدر يسوي الصورة، والجنسية تسوّي المعنى، فتتحقق المماثلة بهما، فيظهر كونهما علة للربا ووجوب المماثلة.

فإن قيل: قد تبين أن المماثلة ثبتت شرطاً لجواز البيع، وعللتموها بالقدر والجنس، وإثبات الشرط بالتعليل لا يجوز؛ لإثباته ابتداء، وأما بطريق التعدية من أصل إلى غيره.. فيجوز عند جمهور الأصوليين، واختاره فخر الإسلام، واستدلوا عليه: بأن التعليل - أي القياس - في الأسباب والشروط واقع، والوقوع دليل الجواز؛ وذلك؛ لأنه قيس بسببية القتل بالمثقل على سببية القتل بالمحدد.

وكذا قيس بالمثقل بسببية اللواطة على سببية الزنا على ما فصل في الأصول، وما نحن فيه كذلك؛ لأن النص أوجب المماثلة في الأشياء الستة شرطاً، فأثبتناها في غير هذه الأشياء تعدية؛ فإذا ثبت وجوب المماثلة.. يظهر الفضل على ذلك فيتحقق الربا.

ولا عبرة في باب الربا بالوصف، حتى لا يلزم المماثلة من حيث الجودة والرداءة، بدليل حديث عبادة بن الصامت: «جيدّها ورديئها سواء»، ولأنه لا يعدّ تفاوتاً عرفاً، حتى يجوز بيع الجيد بالرديء إذا استوت الذاتان صورة ومعنى، وجعل

---

(١) التوي: ذهاب المال وضياعه.

فَحَرُمَ بيعُ الكيليِّ والوزنيِّ بِجِنْسِهِ، مُتَفَاضِلاً أَو نَسِيئَةً، وَلَو غيرَ مطعومٍ كالجِصِّ وَالْحَدِيدِ.

وَحلَّ متماثلاً بعدَ التَّقَابُضِ، ....

الطعم والثمينة علة فاسد؛ لأنهما لما كانا من أعظم المنافع.. كان السبيل فيهما الإطلاق دون التحريم لشدة الحاجة إليهما، والحاجة إذا اشتدت.. أثرت في إباحة الحرام، فكيف تؤثر في حرمة المباح؟

بل العادة الإلهية جرت في التوسيع فيما كثر إليه الاحتياج؛ كالهواء والماء وعلف الدواب وغيرها؛ ولأنها قاصرة، ولا يجوز التعليل بالعلة القاصرة على ما في الأصول.

وإذا ثبت ما ذكرنا.. (**فحرم بيع الكيلي والوزني بجنسه متفاضلاً**)؛ لتحقق حقيقة الربا بانتفاء الشرط، وهي المماثلة.

(**أو نسيئة**) كتحقق شبهة الربا؛ لأن النقد خير من النسيئة فيتحقق شبهة الفضل.

قال الإسبيجابي: اتفقوا على أنه إذا أنكر ربا النسيئة.. يكفر، واختلفوا في كفر منكر ربا الفضل: فإن ابن عباس لا يرى الربا إلّا في النسيئة، وروي عنه رجوعه.

(**ولو**) وصلية أي: ولو كان الكيلي والوزني [١٠٥/ب] الذي بيع بجنسه متفاضلاً أو نسيئة (**غير مطعوم كالجصّ**) والنورة من الكيلي (**والحديد**) والنحاس والرصاص من الوزني؛ لوجود العلة فيهما، أعني: القدر والجنس.

خلافاً للشافعي؛ فإن بيعهما يجوز عنده؛ لعدم الطعم أو الثمينة، وهي العلة عنده على ما ذكرناه.

(**وحلّ**) بيعهما بجنسهما (**متماثلاً**) لوجود الشرط، وهي المماثلة في المعيار والوزن (**بعد التقابض**)، إنما شرط التقابض في النقدين.. لا في غيرهما، وإنما الشرط في غيرهما: تعيين البدلين على ما سيأتي.

أَو مُتَفَاضلاً غيرَ معيَّرٍ؛ كحفنةٍ بحفتين، وبيضةٍ ببيضتين، وَتَمْرَةٍ بتمرتين.

فَإِن وُجِدَ الوصفانِ.. حَرُم الْفضلُ والنَّسَاءُ.

(أو متفاضلاً غير معير) بمعيار شرعيّ؛ (كحفنة بحفتين، وبيضة ببيضتين، وتمرة بتمرتين)؛ لأن عدم الجواز لتحقق الفضل، وتحققه يظهر بعد المساواة، وهي إنما تكون بالكيل، ولا كيل في الحفنة والحفنتين.. فتنتفي المماثلة والفضل، ولهذا لو أتلف الحفنة والحفنتين.. يصير مضموناً عليه بالقيمة لا بالمثل؛ لعدم دخوله تحت المعيار الشرعي.

ولو أتلف أو تعيب مكيلة أو موزونة.. لوجب مثلها؛ فإن المكيلات والموزونات كلها من ذوات الأمثال دون القيم.

وما دون نصف صاع.. فهو في حكم الحفنة، فلو باع خمس حفنات من الحنطة بست حفنات منها، ولم يبلغا نصف صاع.. جاز البيع عندنا؛ لأنه لا تقدير في الشرع بما دون نصف صاع.

وأما إذا كان أحد البدلين بلغ نصف صاع والآخر لم يبلغه.. فلا يجوز على ما في «المبسوط».

فظهر منه: أنه لو باع كر بر بكر برّ، وزاد في أحد الطرفين مقدار حفنة أو جفنتين من بر.. بجوز، ولا يكون ربا.

إلا أن هذا المقدار لا يمنع المماثلة؛ لعدم دخول هذ القدر تحت الكيل، وإنما يكون ربا لو زاد في أحد الطرفين مقدار... نصف صاع فصاعداً، وبه صرّح في باب الترجيح من كتب الأصول.

وهذا إذا كان حالاً، وأما في النساء.. فلا يجوز؛ لوجود العلة المحرمة للنساء وهو الجنس، حتى لا يجوز بيع حفنة من بر بحفنتين منه لنساء، ويجوز بيع حفنة من بر بحفنتين من شعير نساء.

وإذا ثبت أن علة الربا ذات وصفين؛ (فإن وجد الوصفان) أي القدر والجنس (.. حرم الفضل والنساء) بالمد؛ لتحقق حقيقة الربا وشبهتها لوجود العلة.

وَإِن عَدِمَا.. حلَّا.

وَإِن وُجِدَ أَحدُهمَا فَقَط.. حلَّ التَّفَاضُل لا النَّسَاءُ، ....

والمراد بالنساء ما في أحد البدلين، وأما النساء في البدلين.. فحرام في مطلق البياعات، ربوياً كان أو لا؛ لأن النبي ﷺ نهى عن بيع الكيلي بالكيلي.

(وإن عدما) معاً **(.. حلا)** أي الفضل والنساء؛ لعدم العلة المحرمة؛ بمعنى: أن الأصل في العقود: الحل عندنا، وقد منعت عن العمل في الربويات لعلة الربا، وعند عدمها يظهر العمل الأصلي، لا بمعنى أنّ العدم يثبت [١٠٦/أ] شيئاً، وهذا يشبه تخصيص العلة والمخلص معروف في الأصول.

(وإن وجد أحدهما فقط)؛ إما القدر والجنس **(.. حلّ التفاضل)**؛ لأن حرمته بالوصفين معاً، ولم يوجدا معاً.

(لا النساء)؛ لأن حرمتها بأحدهما فقط وقد وجد، ولابد أن يستثنى منه سَلَم النقود في الزعفران والقطن والحديد ونحوها، فإنه جائز مع وجود أحد الوصفين وهو الوزن؛ لأنه وإن جمعهما الوزن، لكنهما يختلفان في صفة الوزن ومعناه وحكمه.

أما الأول: فلأن الزعفران ونحوه يوزن بالأمناء، وأنه مثمن يتعين بالتعيين، بخلاف النقود فيها، أي في كونها موزوناً بالأمناء، وكونها مثمناً فإنها توزن بالسنجات، وإنها لا تتعين بالتعيين لكونها ثمناً.

وأما الثاني: فلأنه لو باع الزعفران ونحوه بالنقود موازنة وقبضها البائع.. صح التصرف فيها، قبل الوزن.

وأما الثالث: فلأنه لو باع الزعفران بشرط أنه منوان مثلاً وقبله المشتري.. ليس له أن يتصرف فيه حتى يعيد الوزن، فإذا اختلفا في الوزن صورة ومعنى وحكماً.. لم يجمعهما القدر من كل وجه، فكانت الشبهة فيه بمنزلة شبهة الشبهة؛ فإن الموزونين

فَلَا يَصِحُّ سَلَمُ هَرَوِيٍّ فِي هَرَوِيٍّ، وَلَا بُرٍ فِي شَعِيرٍ.

وَشُرِطَ: التَّعْيِينُ ....

إذا اتفقا.. كان المنع للشبهة؛ فإذا لم يتفقا.. كان ذلك شبهة الوزن، والوزن وحده شبهة، فكان ذلك شبهة الشبهة، وهي غير معتبرة.

(.. فلا يصح سَلَمُ هروي في هرويّ) لوجود الجنسية.

وكذا لا يصح بيع عبد بعبد إلى أجل للجنسية.

(ولا) سلم (بر في شعير) لوجود القدر.

قال الشافعي: الجنس بانفراده لا يحرم النساء؛ لأن بالنقدية وعدمها.. لا يثبت إلا شبهة الفضل بالاتفاق، وحقيقة الفضل غير مانع عن الجواز في الجنس، حتى جاز بيع الهروي بالهرويين، والعبد بالعبدين.. فالشبهة أولى.

قلنا: إن في باب الربا حقيقةً وشبهةً، وإن الشبهة إذا انفردت عن الحقيقة.. تحتاج إلى محلّ وعلة كالحقيقة، ولا يجوز أن يكون محلّها وعلّتها محلّ الحقيقة وعلتها، وإلا.. لكانت حقيقة أو مقارنة لها، واللازم باطل؛ لأنه خلاف المفروض، ولما كانت العلة ذات وصفين مؤثرين.. كان لكلّ منهما شبهة العلية، فيثبت بكل منهما شبهة الحكم في كلّ ما يجري فيه ربا النسيئة، كما في سَلَم هروي في هروي في الجنسية، وفي سَلَمِ كر برّ في كر شعير في القدر والنقدية.. أوجبت فضلاً في المالية على النسيئة، فتتحقق شبهة الربا في محلّ صالح لعلّة صالحة لها؛ لأن الحكم يثبت بقدر علته.

فإن قيل: إن كون ما يجري فيه ربا النسيئة في مال الربا شبهة، وكون النقدية أوجبت فضلاً: شبهة أخرى، فيكون [١٠٦/ب] شبهة الشبهة، ولا عبرة بها.

قلنا: الشبهة الأولى شبهة في المحل، والثانية في الحكم، وثمة شبهة أخرى وهي التي في العلة، وشبهتي العلة والمحلّ يثبتان شبهة لا شبهة الشبهة.

(وشرط التعيين) أي تعيين البدلين لما روينا سابقاً.

والتقابضُ فِي الصّرْفِ.

وَالتَّعْيِينُ فَقَط فِي غَيره.

وَمَا نُصَّ على تَحْرِيم الرِّبَا فِيهِ كَيْلاً.. فَهُوَ كيليٌّ أبداً؛ كالبرِّ وَالشعِيرِ وَالتَّمرِ وَالْملحِ، أَو على تَحْرِيمِهِ وزناً.. فَهُوَ وزنيٌّ أبداً كالذهبِ وَالْفِضَّةِ، وَلَو تُعورِفَ بِخِلَافِهِ.

وَمَا لَا نَصَّ فِيهِ.. حُمِلَ على الْعرفِ؛ كَغَيْر السِّتَّةِ الْمَذْكُورَة.

(والتقابض) في المجلس؛ أي: باليد لا بمجرد التخلية على ما ظن.

(في الصرف)، وهو ما وقع على النقدين مما رواه البخاري مرفوعاً: «بيع الفضة بالفضة: هاء وهاء»؛ أي: يداً بيد.

(والتعيين فقط في غيره) أي غير الصرف من الربويات.

خلافاً للشافعي في بيع الطعام بجنسه أو لا؛ فإنه اشترط التقابض مطلقاً؛ لإطلاق قوله ﷺ: «يداً بيد»؛ لأن المراد به: القبض بطريق الكناية؛ ولأنه إذا لم يقبض في المجلس.. يتعاقب القبض، وللنقد مزية على النسيئة فتثبت شبهة الربا.

قلنا: إن ما سوى النقدين مبيع يتعين بالتيعين، فلا يشترط فيه القبض؛ كالثوب والعبد والدابة؛ لأن الفائدة المطلوبة بالعقد: هي التمكن من التصرف، وذلك يترتب على التعيين.. فلا يحتاج إلى القبض، بخلاف الصرف؛ لأن القبض فيه للتعيين.

ومعنى: «يداً بيد»: عيناً بعين على ما ورد في بعض الروايات، فيكون تفسيراً له لكونه محكماً.

(وما نصّ) رسول الله ﷺ (على تحريم الربا فيه كيلاً.. فهو كيلي أبداً)، وإن ترك الناس فيه الكيل؛ (كالبر والشعير والتمر والملح، أو) نصّ (على تحريمه وزناً فهو وزني أبداً كالذهب والفضة، ولو تعورف) بين الناس (بخلافه)؛ لأن النص قاضٍ على العرف لقوّته.

(وما لا نصّ فيه.. حمل على العرف؛ كغير الستة المذكورة)؛ لقوله ﷺ: «ما رآه

فَلَا يجوزُ بيعُ الْبرِّ بِالْبرِّ متماثلاً وزناً، وَلَا الذَّهَبُ بِالذَّهَب متماثلاً كَيْلاً.
وَجَازَ بيعُ فَلْسٍ معيَّنٍ بفلسينِ مُعيَّنين، ....

المسلمون حسناً.. فهو عند الله حسن».

وعن أبي يوسف: أنه اعتبر العرف مطلقاً؛ في المنصوص عليه وغيره، وإن كان على خلاف النص؛ لأنّ النص على الكيل والوزن في ذلك الوقت ورد للعرف، فكان المنظور إليه في ذلك الوقت: هو العرف، وقد تبدل، فيجب أن يثبت الحكم على وفاق ذلك.

فعلى هذا: لو باع حنطة بجنسها مساوياً وزناً، أو ذهباً بجنسه متساوياً كيلاً.. جاز عنده إذا تعارفوا ذلك.

ولا يجوز عندهما وإن تعارفوا؛ لتوهم الفضل على المعيار.

لكن يجوز السلم في الحنطة ونحوها وزناً، على ما اختاره الطحاوي؛ لوجود السلم في معلوم؛ فإن المماثلة ليست بمعتبرة فيه، إنما المعتبر فيه: هو الإعلام على وجه ينفي المنازعة في التسليم.

وكذلك: كما يحصل بالكيل يحصل بالوزن أيضاً.

وفي «العناية»: إنه لا يجوز في رواية، نقله عن «المجرد».

وفي «البحر»: والفتوى: على الجواز.

وفي «الكافي»: والفتوى: على عادة الناس [١٠٧/أ].

(فلا يجوز بيع البر بالبر متماثلاً وزناً، ولا الذهب بالذهب متماثلاً كيلاً) عندهما، كما لا يجوز مجازفة؛ لما ذكرنا من توهم الفضل.

ويجوز عند أبي يوسف في رواية.

(وجاز بيع فلس معين بفلسين معينين) عندهما؛ لتعينهما.

خلافاً لمُحَمدٍ.

وَيجوزُ بيعُ الكِرباسِ بالقطنِ، وَبيعُ اللَّحْمِ بِالْحَيَوَانِ.

(**خلافاً لمحمد**)؛ لأن الثمنية في الفلس ثبتت باصطلاح الكل.. فلا يبطل باصطلاحهما؛ لعدم ولايتهما على غيرهما فبقيت أثماناً، وهي لا تتعين بالاتفاق، فصار كبيع الدرهم بالدرهمين.

ولهما: أن الثمنية في حقهما ثبتت باصطلاحهما؛ إذ لا ولاية لغيرهما عليهما.. فيبطل باصطلاحهما كذلك فيتعين بالتعيين؛ لأنهما يعودان عروضاً عددياً.. فيجوز؛ لما رويناه، حتى يكون من قبيل بيع قطعة صفر بقطعتين منه.. فلا يجوز.

وأما بيع فلس بغير عينه بفلسين بغير عينهما، وبيع فلس بعينه بفلسين بغير عينهما، وبيع فلس بغير عينه بفلسين بعينهما.. فغير جائز بالاتفاق.

(**ويجوز بيع الكرباس بالقطن**)، وكذا بالغزل كيفما كان؛ لاختلافهما جنساً؛ لأن الثوب لا ينقص حتى يصير غزلاً أو قطناً؛ ولأن الثوب غير موزون، والقطن والغزل موزون.

واختلفوا في جواز بيع القطن بغزله:

قيل: لا يجوز مطلقاً؛ لأن القطن ينقص بالغزل، فصار كالحنطة مع الدقيق.

وقال أبو يوسف: لا يجوز إلا متساوياً؛ لأن غزل القطن قطن.

وقال محمد: إنه يجوز مطلقاً لاختلافهما جنساً.

ولو باع المحلوج بغير المحلوج.. جاز إذا علم أنّ الخالص أكثر من الحب الذي في القطن، حتى يكون قدره متقابلاً به والزائد بالقطن.

وكذا لو باع شاة على ظهرها صوف أو في ضرعها لبن بصوف أو لبن، بشرط أن يكون اللبن أو الصوف أكثر مما على الشاة؛ لما ذكرناه.

(و) يجوز (**بيع اللحم بالحيوان**) عند أبي حنيفة وأبي يوسف، سواء باعه بحيوان من غير جنسه؛ كبيع لحم البقر بالشاة.. فإنه يجوز من غير اعتبار القلة والكثرة، أو

وَعند مُحَمَّد: لَا يجوزُ بَيْعه بحيوانِ جنسِهِ، حَتَّى يكونَ اللَّحْمُ أَكثرَ مِمَّا فِي الْحَيَوَانِ من اللَّحْمِ، وَيجوزُ بيعُ الدَّقِيقِ بالدقيقِ متماثلاً كَيْلاً، لَا بالسويقِ أصلاً.

بحيوان من جنسه مذبوحاً غير مفصول عن السقط.. فإنه يجوز إذا كان اللحم أكثر، أو بحيوان من جنسه حياً.

وفيها خلاف محمد؛ ولذا قال: (**وعند محمد: لا يجوز بيعه بحيوان من جنسه**) مذبوحاً غير مفصول عن السقط أو حياً، (**حتى يكون اللحم أكثر مما في الحيوان من اللحم**)؛ ليكون اللحم بمقابلة ما في الحيوان من اللحم، والباقي في مقابلة السقط؛ لئلا يلزم الفصل بلا عوض.

ولهما: أنه باع الموزون وهو اللحم بما ليس بموزون وهو الحيوان.. فيجوز كيفما كان؛ كبيع السيف بالحديد؛ لوجود المقتضي وارتفاع المانع وهو الربط؛ لعدم العلة.

(**ويجوز بيع الدقيق بالدقيق**) منخولاً أو لا.

(**متماثلاً كيلاً**) حالان متداخلان، [١٠٧/ب] العامل في الأول: بيع، وفي الثاني: متماثلاً، وفائدة الثاني: نفي توهم جواز المساواة وزناً؛ لأنه لا يجوز؛ لكونه كيلياً على ما في «العناية».

وقال في «شرح النقاية» نقلاً عن «الظهيرية»: إنه لا يجوز وزناً أيضاً.

وعن محمد بن الفضل: أن بيع الدقيق بالدقيق متماثلاً كيلاً إنما يجوز إذا كانا مكبوسين.

(**لا بالسويق أصلاً**) أي: لا يجوز بيع الدقيق بالسويق، لا متساوياً ولا متفاضلاً؛ لأن الدقيق أجزاء حنطة غير مقلية، والسويق أجزاؤها مقلية، فكما لا يجوز بيع أجزاء بعض بالآخر لقيام الجنسية من وجه مع انتفاء المسوى.. فكذا لا يجوز بيع أجزاء بعض بأجزاء بعض آخر، هذا عند أبي حنيفة.

خلافاً لَهما.

وكذا بيعَ الرطبِ بالرطبِ متماثلاً.

وكذا يجوز بيعُ الرُّطبِ بِالتَّمْرِ، وَالْعِنَبِ بالزبيبِ متماثلاً، خلافاً لَهما.

(**خلافاً لهما**)؛ لأنهما جنسان؛ لاختلاف المقصود بهما؛ لأن المقصود من الدقيق: اتخاذ الخبز، ومن السويق: لته بالسمن والعسل.

وكذلك اسمهما؛ «فإذا اختلف الجنسان.. فبيعوا كيف شئتم بعد أن يكون يداً بيد».

والجواب: أن معظم المقصود وهو التغذي يشملهما، وفوات البعض لا يضر؛ كالمقلية بغير المقلية، والعلكة بالمسوّسة.

(**وكذا**) أي: يجوز (**بيع الرطب بالرطب متماثلاً**) كيلاً خلافاً للشافعي؛ لأنه ربوي يتفاوت في أعدل الأحوال، أي: عند الجفاف، فلا يجوز؛ كالحنطة بالدقيق.

قلنا: إنه بيع التمر بالتمر متساوياً فيجوز.

(**وكذا**) يجوز (**بيع الرطب بالتمر والعنب بالزبيب متماثلاً**) كيلاً؛ لأنه متفاضلاً لا يجوز بالاتفاق.

(**خلافاً لهما**) في المتماثل؛ لقوله ﷺ في حديث سعد بن وقاص حين سئل عن بيع الرطب بالتمر، وقال: «أينقص إذا جف؟» فقيل: نعم، فقال ﷺ: «لا إذاً»، فأشار إلى اشتراط المماثلة في أعدل الأحوال وهو ما بعد الجفاف، وبالكيل في الحال لا يعلم ذلك.

ولأبي حنيفة: أنه ﷺ [سمى] الرطب تمراً حين أهدي رطباً، فقال: «أَوَكُلُّ تمر خيبر هكذا»؟

وبيع التمر بمثله جائز؛ لما روينا في الأشياء الستة، ولأن الرطب إما تمر أو لا؛ فإن كان الأول.. فيجوز بيعه بأول ما روينا، وهو: «التمر بالتمر».

وإن كان الثاني.. فيجوز بيعه بآخر ما روينا؛ أعني: «إذا اختلف النوعان.. فبيعوا كيف شئتم».

ومدار ما روياه: [عن] زيد بن عياش، وهو ضعيف.

ولو سلم أنّه قوي.. لكنه خبر واحد لا يعارض ما روينا من المشهور.

فإن قيل: فعلى هذا الترديد.. يلزم جواز بيع المقلية بغير المقلية؛ لأن المقلية؛ إما أن تكون حنطة.. فتجوز بأول الحديث، أو لا تكون.. فتجوز بآخره.

أجيب عنه تارة: بأن ذلك كلام حسن في المناظرة لدفع شغب الخصم، لكن الحجة لا تتم به، بل بما بينا من إطلاق اسم التمر عليه؛ فقد ثبت أن التمر اسم لثمرة خارجة من النخل، من حين تنعقد صورتها إلى أن تدرك، والرطب اسم لنوع آخر منه كالبرني وغيره، والحنطة لا تطلق على المقلية [١٠٨/أ].

وأخرى: بأن يقال: إنه حنطة.

وقوله: فيجوز بأوّل الحديث.

قلنا: إنما جاز أن لو ثبت المماثلة بينهما كيلاً، ولا تثبت؛ لما قيل: إن القلي صنعة يغرم عليها الأعواض، فصار كمن باع قفيراً بقفيز ودرهم.

فإن قيل: هذا راجع إلى التفاوت في الوصف، وهو ساقط العبرة كالجودة.

أجيب عنه: بأن التفاوت الراجع إلى صنع الله ساقط بالحديث، وأما التفاوت الراجع إلى صنع العباد.. فمعتبر بدليل اعتباره بين النقد و النسيئة، فكل تفاوت ينبني على صنع العباد.. فهو مفسد؛ كما بيع في المقلية بغير المقلية والحنطة بالدقيق، وكل تفاوت خلقي.. فهو ساقط العبرة؛ كما في بيع الرطب والتمر والجيد والرديء.

والمصنف أجرى الخلاف المذكور في بيع العنب بالزبيب؛ كما في بيع الرطب بالتمر بلا فرق على ما هو المشهور في الروايات.

وقيل: بيع العنب بالزبيب لا يجوز بالاتفاق؛ اعتباراً ببيع الحنطة المقلية بغيرها.

وَكَذَا بيعُ الْبرِّ رطباً أَو مبلولاً بِمثلِهِ أَو باليابس.

وَالتَّمْرِ وَالزَّبِيبِ منقعين بمثلهما مُتَسَاوِياً، خلافاً لمُحَمدٍ.

وذكر في «العناية»: أن هذه الرواية تقوي قول من قال: إن الحجة المذكورة لأبي حنيفة إنما تتم بإطلاق اسم التمر عليه؛ فإن النص لما ورد بإطلاق التمر على الرطب.. جعلا نوعاً واحداً، فجاز البيع مثلاً بمثل، ولم يرد بإطلاق اسم العنب على الزبيب.. فاعتبر فيه التفاوت الصنعي المفسد؛ كما في المقلية بغيرها.

(وكذا) أي: يجوز **(بيع البرّ رطباً أو مبلولاً بمثله)**، أي: رطباً برطب، ومبلولاً بمبلول،

(أو باليابس) أي: بيع البر رطباً أو مبلولاً باليابس.

(و)كذا يجوز بيع **(التمر أو الزبيب منقعين)** مِن: أنقع؛ إذا ألقي في الخابية ليبتلّ ويخرج منه الحلاوة.

(بمثلهما) أي بالمنقعين على ما هو الظاهر من كلامه، وفيه إشارة إلى أنه: لا يجوز بيعهما منقعين باليابس منهما، وهو مذهب محمد، ويجوز عندهما على ما صرّح به في «البحر» و«شرح النقاية».

(متساوياً) أي: كيلاً، قيدٌ لجميع ما ذكر بعد قوله: «وكذا بيع البر» هذا عندهما.

(خلافاً لمحمد) وهو يعتبر المساواة حال الجفاف ومفرَعه ما روينا من حديث سعد.

وأبو حنيفة يعتبر المساواة في الحال؛ عملاً بإطلاق ما روينا في الأشياء الستة.

وكذلك أبو يوسف، إلا أنه ترك هذا الأصل في بيع الرطب بالتمر؛ عملاً بحديث سعد.

وفي «الخلاصة» و«البزازية»: أن الرواية محفوظة عن محمد: أنّ بيع الحنطة اليابسة بالمبلولة إنما لا يجوز إذا انتفخت، وأما إذا ابتلت من ساعتها.. يجوز إذا تساويا.

وَيجوزُ بيعُ لحمِ حَيَوَانٍ بِلَحْمِ حَيَوَانٍ غيرِ جنسهِ مُتَفَاضلاً، وَكَذَا اللَّبنُ.

والجاموسُ مَعَ الْبَقرِ جنسٌ وَاحِد، وَكَذَا الْمعزُ مَعَ الضَّأْنِ، وَالْبُخْتُ مَعَ العِرَابِ.

وَيجوزُ بيعُ خلِّ الْعِنَبِ بخلِّ الدَّقَل مُتَفَاضلاً، ....

(ويجوز بيع لحم حيوان) كشاة وبقر مثلاً (بلحم حيوان غير جنسه) كبعير مثلاً (متفاضلاً؛ لعدم الجنسية)، فلا تتحقق العلة المحرمة، بخلاف لحم الطيور؛ حيث يجوز بيع بعضها ببعض مطلقاً مع اتحاد الجنس؛ لأنه ليس بوزني، ولا كيلي عادة [١٠٨/ب]، فلم يتناوله القدر الشرعي؛ فيجوز مطلقاً.

(وكذا اللبن) أي: يجوز بيع لبن حيوان بلبن غير جنسه لما ذكرناه.

وقال الشافعي: لا يجوز؛ لأن المقصود من اللحم التغذي فيتحد الجنس.

قلنا: اختلاف اللحم تابع لاختلاف الحيوان، فلما اختلف الحيوان جنساً على ما هو الغرض.. اختلف لحمه ولبنه أيضاً.

(والجاموس مع البقر جنس واحد، وكذا المعز مع الضأن، والبخت مع العراب) والأصل فيه: أن كل ما يكمل به نصاب الآخر من الحيوان في الزكاة.. لا يوصف باختلاف الجنس.

وكل ما لا يكمل به نصاب الآخر.. فهو يوصف باختلاف الجنس.

(ويجوز بيع خل) بالمعجمة (العنب بخل الدقل) بفتحتين، وهو أردأ التمر، (متفاضلاً) إذا كان يداً بيد.

وكذا حكم سائر التمور، والكلام خارج مخرج الغالب، وإنما جاز للاختلاف بين أصليهما.

وكذا يجوز بيع شعر المعز بصوف الغنم متفاضلاً؛ لاختلافهما جنساً باختلاف المقاصد؛ لأن اختلاف المقاصد كالتبدل بالصفة في تغيير الأجزاء مع اتحاد الأصل.

وَكَذَا شَحمُ الْبَطنِ بالإليةِ، أَو بِاللَّحْمِ، وَالْخبْزِ بِالْبرِّ أَو الدَّقِيقِ أَو السَّويقِ وإِنْ كانَ أَحدُهمَا نَسِيئَةً، وبِهِ يُفْتى.

(وكذا) يجوز بيع (**شحم البطن بالإلية أو باللحم**) متفاضلاً؛ لاختلاف الجنس باختلاف الصور والمعاني والمنافع اختلافاً فاحشاً.

(و)كذا يجوز بيع (**الخبز بالبر أو الدقيق أو السويق ، وإن كان**) - وصلية - (**أحدهما نسيئة، وبه يفتى**).

بيع الخبز بالبر أو الدقيق أو السّويق؛ إما أن يكون حال كونهما نقدين، أو أحدهما نقد والآخر نسيئة.

فإن كان الأول.. جاز؛ لاختلاف الجنس بالصنعة؛ لأن الخبز صار بالصنعة عددياً أو موزوناً، فخرج من أن يكون مكيلاً، والبر والدقيق والسويق مكيل.. فيجوز البيع ولو متفاضلاً على الأصح، وهو المختار للفتوى.

وعن أبي حنيفة: أنه لا يجوز.

وإن كان الثاني: فإما أن يكون البر والدقيق والسويق نسيئة أو الخبز نسيئة؛ فإن كان الأول.. جاز؛ لأنه أسلم موزوناً في مكيل يمكن ضبط صفته ومعرفة مقداره، وإن كان الثاني.. جاز أيضاً عند أبي يوسف؛ لأنه أسلم في موزون، ولا يجوز عندهما؛ لأنه يختلف باعتبار الصورة طولاً وعرضاً وغلظاً ورقة، وباعتبار الخباز والتنور.

والفتوى على قول أبي يوسف؛ لحاجة الناس إليه، لكن يجب أن يحتاط وقت القبض حتى يقبض من الجنس الذي سمّي، كي لا يصير استبدالاً بالسلم فيه.

قالوا: والأحسن فيما إذا أراد دفع البر إلى الخباز، وأخذ الخبز متفرقاً؛ أن يباع خاتم أو سكين مثلاً من الخباز بقدر ما أراد من الخبز، ويجعل الخبز الموصوف بصفة معلومة ثمناً، حتى يصير ديناً في ذمة الخباز ويسلم الخاتم إليه، ثم يشتري الخاتم بالبر، كذا [١٠٩/أ] في «خزانة الفتاوى».

وَلَا يجوزُ بيعُ الْجيّدِ بالرديءِ إِلّا مُتَسَاوِياً، وَكَذَا الْبُسْرُ بِالتَّمْرِ، وَلَا الْبرُّ بالدقيقِ أَو بالسويقِ أَو بالنُّخالةِ مُطلقاً.

(**ولا يجوز بيع الجيّد بالرديء**) مما فيه الربا (**إلا متساوياً**)؛ لقوله ﷺ: «جيدها ورديئها سواء»، ولأنه لا يعدّ تفاوتاً عرفاً على ما ذكرناه.

(**وكذا**) لا يجوز بيع (**البسر بالتمر**) متفاضلاً؛ لأنه ثمر؛ لأن التمر اسم لثمرة النخل من أول ما ينعقد صورته، فيتحد الجنس.. فيحرم الفضل.

ويجوز متساوياً كيلاً يداً بيد بالإجماع؛ لوجود المقتضي وارتفاع المانع.

ويجوز بيع الكفري متساوياً متفاضلاً يداً بيد؛ لأنه ليس بتمر؛ لكونه قبل انعقاد الصورة، بل هو عددي متفاوت على ما في «العناية».

(**ولا**) يجوز بيع (**البر بالدقيق أو بالسويق أو بالنخالة مطلقاً**) أي: لا متفاضلاً ولا متساوياً؛ الشبهة الربا؛ لأنها مكيلة وهو الظاهر، والمجانسة باقية من وجه؛ لأن الجنس يختلف باختلاف الاسم والصورة والمعاني، وقد اختلف حيث زال عنه اسم البرّ، وتبدّلت الصورة والمعاني؛ لأن ما يعنى من البر لا يعنى من الدقيق والسويق والنخالة، وربا الفضل بين البر والبر قد كان ثابتاً قبل الطحن للجنسية، وبعدما زالت الجنسية من وجه دون وجه.. وقع الشك في زوالها، واليقين لا يزول بالشك.

فإن قيل: إنها إما بر أو لا، والثاني يوجب الجواز مطلقاً أي متساوياً أو متفاضلاً، والأول يوجب الجواز متساوياً.

أجيب: بأن المساواة إنما تكون بالكيل، والكيل غير مستو بينها وبين البر؛ لاكتنازها وتخلخل حبات الحنطة.. فلا يجوز وإن كان كيلاً بكيل.

قيل: حرمة الربا حرمة تتناهى بالمساواة في الأصل، وعلى ما ذكرتم في هذا الفرع: حرمة لا تتناهى، فصار مثل ظهار الذمي؛ حيث لا يتناهى بالكفارة؛ لعدم أهلية الكافر بالكفارة.

وَلَا بيعُ الزَّيْتُونِ بالزيتِ، والسِّمْسِمِ بالشّيرجِ حَتَّى يكونَ الزَّيْتُ والشيرجُ أَكثرَ مِمَّا فِي الزَّيْتُونِ والسِّمْسِمِ، لتَكونَ الزِّيَادَةُ بالثجيرِ.

وأجيب: بأن حرمة الربا تتناهى بالمساواة في الحقيقة أو في الشبهة، والثاني ممنوع؛ فإن حرمة النساء لا تتناهى بالمساواة والأول مسلم، لكن ما نحن فيه من قبيل الثاني.

قيل: ويجوز أن يقال: الحرمة تتناهى بالمساواة فلا بد من تحققها، وفيما نحن فيه لا تتحقق.

(ولا) يجوز **(بيع الزيتون بالزيت، والسمسم بالشيرج، حتى يكون الزيت والشيرج أكثر مما في الزيتون والسمسم؛ لتكون الزيادة في الثجير)** - بالثاء المثلثة الفوقية - ثفل كل شيء يعصر على ما في «المغرب».

اعلم: أن المجانسة بين الشيئين تكون تارة باعتبار العين، وأخرى باعتبار ما في الضمن، ولا يعتبر الثاني مع وجود الأول، حتى جاز بيع قفيز حنطة علكة بقفيز مسوسة من غير اعتبار ما في الضمن، وإذا عدم الأول.. يعتبر الثاني، حتى لم يجز بيع الحنطة بالدقيق، والزيت مع الزيتون من هذا القبيل [١٠٩/ب].

فإذا بيع أحدهما بالآخر؛ فإما أن يعلم كمية ما يستخرج من الزيتون أولا، والثاني لا يجوز لتوهم الفضل.

والأول إما أن يكون المنفصل أكثر أو لا، والثاني لا يجوز؛ لتحقق الفضل وهو بعض الزيت والثجير، إن نقص المنفصل من المستخرج، ومن الزيتون والثجير وحده إن ساواه، على تقدير أن يكون الثجير ذات قيمة، وإلا: كما الزبد بعد إخراج السمن منه، إذا كان السمن الخالص مثل ما في الزبد من السمن.. فإنه يجوز، وهو المروي عن أبي حنيفة.

والأول جائز لوجود المقتضي وانتفاء المانع.

وَلَا يستقرضُ الْخبزَ أصلاً.

وَعندَ أَبِي يُوسُفَ: يجوزُ وزناً، وَبِه يُفْتى.

وَعند مُحَمَّدٍ: يجوز عدداً أَيْضاً.

والشيرج بالسمسم، والجوز بدهنه، واللبن بسمنه، والعنب بعصيره، والتمر بدبسه، على هذا الاعتبار.

فإن قيل: إن السمسم مثلاً يشتمل على الشيرج والثجير؛ فإما: أن يكون المجموع منظوراً إليه.

من حيث هو كذلك.. فيجب جواز بيع الشيرج بالسمسم مطلقاً؛ لأن الشيرج وزني والسمسم كيلي.

أو: من حيث الأفراد، فيجوز بيع السمسم بالسمسم متفاضلاً صرفاً لكلّ واحد من الدهن والثجير إلى خلاف جنسه؛ كما إذا باع كر حنطة وكر شعير بثلاثة أكرار حنطة وكذا شعير، أو يكون أحدهما إما الدهن أو الثجير منظور إليه فقط، والثاني منتف عادة، والأول يوجب أن يقابل الثجير بشيء من الدهن، وليس كذلك.

أجيب: بأن المنظور إليه هو المجموع من حيث الأفراد، ولا يلزم جواز بيع السمسم بالسمسم متفاضلاً.

قوله: «صرفاً لكل واحد من الدهن والثجير إلى خلاف جنسه»: قلنا: ذلك إن كانا منفصلين خلقة، كما في مسألة الأكرار؛ لظهور كمال الجنسية حينئذ، والدهن والثجير ليسا كذلك.

(**ولا يستقرض الخبز أصلاً**) أي: لا وزناً ولا عدداً عند أبي حنيفة؛ لتفاوته بالطول والعرض والرقة والغلظ وبالخباز وبالتنور.

(**وعند أبي يوسف: يجوز وزناً**) لا عدداً؛ للتفاوت المذكور في آحاده، (**وبه يفتى**)؛ لحاجة الناس إليه، والوزن يزيل التفاوت الفاحش.

(**وعند محمد: يجوز عدداً أيضاً**) للتعامل فيه، وهو قاض على القياس.

وَلَا رِباً بَينَ السَّيِّدِ وَعَبدِهِ، ....

وفي «شرح المجمع»: الفتوى على قول محمد.

ورواه ابن الهمام جنساً.

وقال في «الجوهرة»: ثلاث من الدناءة: استقراض الخبز، والجلوس على باب الحمام، والنظر في مرآة الحجام. انتهى.

قلت: وكذا في مرآة الحلاق.

في «المجتبى»: باع رغيفاً نقداً برغيفين نسيئة.. يجوز.

ولو كان الرغيفان نقداً والرغيف نسيئة.. لا يجوز.

ولو باع كسرات الخبز.. يجوز نقداً ونسيئة كيفما كان، كذا في «البحر».

(ولا ربا بين السيد وعبده) المأذون الذي [١١٠/أ] لا دين عليه يحيط برقبته؛ لأنه وما في يده: لمولاه، ولم يتعلق حق أحد به، فلا يتحقق البيع.. فلا ربا.

وإذا كان مديوناً.. تحقق الربا؛ لأن ما في يده ليس ملكاً لمولاه عند أبي حنيفة، وعندهما: وإن كان ملكه، لكن لما تعلّق به حق الغرماء.. صار كالأجنبي، فتتحقق شبهة الربا، وهي كالحقيقة في وجوب الاجتناب؛ كما تتحقق بين المكاتب ومولاه.

وفي «الزيلعي» عن «المحيط»: لا ربا بينهما وإن كان مديوناً؛ لأن له أن يأخذ كسب عبده المديون بعوض يعد له استخلاصاً بغير شراء، فجعل أخذاً بهذا الطريق، إلا إذا أخذ منه درهمين بدرهم.. يرد الدرهم الزائد على العبد؛ لأنه أخذه بغير عوض لا للربا.

بخلاف المكاتب؛ لأن حق المولى لا يظهر في حق كسب المكاتب.

وفي «البحر»: والتحقيق أنه لا ربا بينهما مطلقاً، وإن كان العبد مديوناً مستغرقاً، لكنه يرد الزائد عليه مما أخذه بلا عوض؛ لتعلق حق الغرماء به لا للربا؛ كما لو أخذ منه شيئاً بغير عقد.

وَلَا الْمُسلمِ وَالْحَرْبِيِّ فِي دَارِ الْحَرْبِ.

وفي مأذون «المحيط»: إذا أخذ المولى من كيس المأذون شيئاً، ثم لحقه دين.. سلم للمولى ما أخذه.

وإن كان عليه دين يوم الأخذ ولو قليلاً.. لم يسلم له.

(ولا) بين (**المسلم والحربي في دار الحرب**)، عند أبي حنيفة ومحمد.

خلافاً لأبي يوسف والشافعي.

لهما: الاعتبار بالمستأمن من أهل الحرب في دارنا؛ بجامع تحقق الفضل الخالي عن العوض؛ فإنه إذا دخل الحربي دارنا بأمان وباع درهمين بدرهم.. لا يجوز، فكذا إذا دخل المسلم أرض الحرب وفعل ذلك.. لا يجوز لما ذكرناه.

ولأبي حنيفة ومحمد: ما رواه مكحول عن النبي ﷺ أنه قال: «لا ربا بين المسلم والحربي في دار الحرب» ذكره محمد؛ ولأن مال أهل الحرب في دارهم مباح بالإباحة الأصلية، والمسلم المستأمن إنما منع من أخذه بعقد الأمان، حتى لا يلزم الغدر؛ فإذا بذل الحربي ماله برضاه.. زال المعنى الذي حظر لأجله.

والجواب عن قياسهما: أن المستأمن منهم في دارنا لا يحلّ لأحد منّا أخذ ماله مجاناً؛ لأنه صار محظوراً بعقد الأمان، ولهذا لا يحلّ تناوله بعد انقضاء المدة.

ولو أسلم الحربي في دار الحرب ولم يهاجر إلينا.. فهو كالحربي عند أبي حنيفة؛ لأن ماله غير معصوم عنده.. فلا يجري فيه الربا.

وأما إذا هاجر إلينا ثم عاد إليهم.. لم يجز الربا معه؛ لكونه أحرز ماله بدارنا، فكان من أهل دار الإسلام، كذا في «البحر».

* * *

(بَابُ الْحُقُوقِ والاستحقاقِ)

يَدْخلُ الْعُلُوُّ والكَنيفُ فِي بيعِ الدَّارِ لَا الظُّلةِ، إِلّا بِذكرِ كلِّ حقٍّ، أَو بمرافقِها، أَو بِكُلِّ قَلِيلٍ وَكثيرٍ هُوَ فِيهَا أَو مِنْهَا.

وَعِنْدَهُمَا: تدخلُ إِنْ كَانَ مَفْتَحُها فِي الدَّارِ.

وَلَا يدْخلُ الْعُلُوُّ فِي شِرَاءِ منزلٍ ....

(بَابُ الحُقُوقِ وَالاِسْتِحْقَاق)

قيل: كان من حقّ مسائل هذا الباب أن تذكر في الفصل المتصل بأول كتاب البيوع، إلّا [١١٠/ب] أن المصنف التزم ترتيب «الجامع الصغير» الذي التزمه في «الهداية» أيضاً، ولأن الحقوق توابع.. فيليق ذكرها بعد ذكر مسائل المتبوع.

(يدخل العلو والكنيف في بيع الدار) بلا ذكر شيء من الألفاظ الثلاثة الآتية ذكرها؛ لأن الدار اسم لما أدير عليه الحدود، والعلو والكنيف ليس بخارج عنها، وإنما هو من توابع الأصل وأجزائه.

(لا الظلة) وهي السدة التي فوق الباب على ما في «المغرب».

وفي «الجامع الصغير» لقاضي خان: ظلة الدار: هي الساباط الذي يكون أحد طرفيه على الدار المبيعة، والطرف الآخر على دار أخرى، أو على الأسطوانات في السكة ومفتحه في الدار [المبيعة]، وهذا ليس بمراد ههنا.

(إلا بذكر) واحد من هذه الثلاثة وهو **(كلّ حق)** هو لها **(أو بمرافقها، أو بكل قليل وكثير هو فيها، أو منها)**، هذا عند أبي حنيفة؛ لأنها خارجة عن الحدود مبنية على هواء الطريق، فصارت كالطريق على ما هو المناسب لما ذكرنا من «المغرب».

(وعندهما: تدخل إن كان مفتحها في الدار)؛ لأنه من توابعه، فشابه الكنيف.

وقوله: إن كان مفتحه في الدار لا يناسب ما ذكرناه من «الجامع الصغير» لقاضي خان؛ لأنه قال: ومفتحه في الدار.

(ولا يدخل العلو في شراء منزل)، وهو: ما بين الدار والبيت، يتأتى فيه مرافق

إِلّا بِذكرِ نَحْوِ: كلِّ حقٍّ.

وَلَا فِي شِرَاءِ بَيتٍ وَإِن ذُكِرَ كلُّ حقٍّ.

وَلَا الطَّرِيقُ والمسيلُ وَالشِّربُ إِلّا بِذكرِ نَحْوِ كلِّ حقٍّ.

السكنى مع ضرب قصور فيه؛ لعدم اشتماله على منزل الدواب، كذا في «العناية».

وقال المطرزي: المنزل في عرف الشرع: دون الدار وفوق البيت، وأقله بيتان.

وقال في «النهاية»: إنه اسم لما اشتمل على بيوت و صحن مسقف ومطبخ، يسكنه الرجل مع عياله، والدار: اسم لما اشتمل على بيوت ومنازل وصحن غير مسقف.

(**إلا بذكر نحو كل حق**) هو لها أو بمرافقها، أو بكل قليل أو كثير هو فيها؛ لأنه لما كان بين الدار والبيت.. أخذ حظاً من الجانبين، فلشبهه بالدار: يدخل العلو فيه عند ذكر أحد هذه الثلاثة، ولشبهه بالبيت: لا يدخل بدونه.

قال في «الكفاية»: هذا التفصيل في عرف الكوفة، وأما في عرفنا.. فيدخل العلو في بيع كلّ مسكن، صغيراً كان أو كبيراً يسمى بخانة، إلا دار السلطان.. فإنها تسمى سراى.

(**ولا في شراء بيت وإن**) وصلية (**ذكر كلّ حق**)، أو بمرافقه، أو بكل قليل أو كثير، أي هذه العبارات الثلاث، وذلك: لأن البيت اسم لما يبات فيه، والعلو مثله، والشيء لا يتضمن مثله.. فلا يدخل فيه إلا بالتنصيص بذكره، وإلّا.. لكان الشيء تابعاً لمثله، وذلك لا يجوز.

وقيل: يدخل العلو في كل من: الدار والمنزل والبيت في عرفنا.

(**ولا**) يدخل في شراء بيت أو منزل أو مسكن في دار (**الطريق والمسيل والشرب**) [١١١/آ] (**إلّا بذكر نحو كل حق**) أو بمرافقه، أو بكل قليل أو كثير؛ لأنها خارجة عن الحدود، لكنها من التوابع.. فلم تدخل فيه نظراً إلى الأول، ودخلت بذكر واحد من هذه العبارات الثلاث نظراً إلى الثاني.

وَتدْخلُ فِي الْإِجَارَةِ بِدُونِ ذكرٍ.

(**وتدخل**) كل من الطريق ومسيل الماء والشرب (**في الإجارة**)، للدار أو المنزل أو البيت (**بدون ذكر**) واحد من العبارات المذكورة؛ فإن الطريق في إيجار الدار، والمسيل والشرب في إيجار الأراضي.. داخلة؛ لأن الإجارة تنعقد لتمليك المنافع، ولا انتفاع بدون هذه الثلاثة؛ لأن مقصود المشتري قد يكون مجرد تجارة فتحصل الفائدة المطلوبة بالتجارة بدون الثلاثة.

والرهن كالإجارة.

وبعض مسائل هذا الباب تقدم بيانها في فصل أوّل الكتاب.. فارجع إليه.

*　　*　　*

(فَصْلٌ)

الْبَيِّنَةُ حجَّةٌ متعدّيةٌ.

(فَصْلٌ)
في بَيَانِ مَا يَتَعَلَّقُ بِالاِسْتِحْقَاقِ

وهو طلب الحق، فناسب ذكره عقيب ذكر الحقوق، ولما لم يكن لطالب الحق بدّ من البينة أو الإقرار.. بدأ بذكرهما فقال: (**البينة حجة متعدية**) في حق العامة؛ لأن حجتها بقضاء القاضي، وللقاضي ولاية عامة، فكذا البينة، حتى لو استحق المبيع ببينة.. يرجع المشتري على البائع، ويرجع الباعة بعضهم على بعض، فتصير حجة في حق الكل.

قال في «العناية» و«الكفاية» و«الزيلعي»: إن البينة حجة مطلقة في حق الناس كافة.

والذي ظهر منه: أن معنى التعدي: أن يكون القضاء بها قضاء على كافة الناس في كل شيء قضي به بالبينة، وليس كذلك.. بل إنما يكون القضاء على الكافة:

في حق العتق على ما صرّح به في «الخلاصة» حيث قال: القضاء بحرية العبد قضاء في حق الناس كافة. انتهى.

وفي حق النكاح والنسب وولاء العتاقة، على ما صرّح به في «الخلاصة الصغرى»؛ حيث قال: إذا قضى القاضي لإنسان بنكاح امرأة أو بنسب أو بولاء عتاقة، ثم ادّعاه الآخر.. لا تسمع. انتهى.

وأما في حق الوقف.. ففيه خلاف؛ ففي «الخلاصة»: والقضاء بوقفية موضع، هل يكون قضاء على الناس كافة؟

اختلف المشايخ فيه.

وفي كتاب الدعوى: أرض في يد رجل، ادّعى رجل أنّ هذه الأرض أو الدار وقف من جهة فلان على جهة كذا، وأنه متولّي ذلك الوقف، وذكر الشرائط، وأثبت

بالبينة، وقضى القاضي بالوقفية، ثم جاء رجل وادّعى أن هذه الأرض ملكه وحقه.. تسمع.

بخلاف العبد إذا ادّعى العتق على إنسان، وقضى القاضي بالعتق، ثم ادّعى رجل أن هذا العبد ملكه.. لا تسمع؛ لأن القضاء بالعتق قضاء على جميع الناس كافة، بخلاف الوقف.

قال الصدر الشهيد: لم أر لهذا رواية [١١١/ب]، ولكن سمعت أنّ فتوى السيد أبي شجاع على هذا.

وفي «فوائد شمس الأئمة الحلواني» وركن الإسلام علي السعدي: أن الوقف كالعتق في عدم سماع الدعوى بعد قضاء القاضي بالوقفية؛ لأن الوقف بعدما صحّ بشرائطه.. لا يبطل إلا في مواضع مخصوصة، هكذا في «البحر».

وصحّح في «العمادي»: أن القضاء بالوقفية ليس قضاء على الكافة، فتسمع فيه دعوى الملك.

والحاصل: أن القضاء بها بالحرية والنكاح والنسب والولاء.. قضاء على الكافة بالاتفاق، وفي الوقف: ليس كذلك، بل يقتصر على الأصحّ.

وأما القضاء بالملك.. فهو قضاء على المدعى عليه.

وعلى من تلقى الملك من جانبه - وهو البائع - إذا قضي بها على المشتري.. فهل يصير البائع مقضياً عليه بتلك القضاء؟

ففيه تفصيل:

إن قال المشتري في جواب دعوى المدعي: هذا ملكي؛ لأنني اشتريته من فلان يعني البائع.. فصار البائع مقضياً عليه، حتى لا تسمع دعوى البائع هذا المحدود، ويرجع المشتري بالثمن.

أما إذا قال في الجواب: ملكي، ولم يزد عليه.. لا يصير البائع مقضياً عليه.

وَالْإِقْرَارُ حُجَّةٌ قَاصِرَةٌ.

والإرث كالشراء، على ما نصّ عليه في «الجامع الكبير».

وصورتها: دار في يد رجل يدعي أنّها له، فجاء آخر وادّعى أنّها له ورثها من أبيه، وأقام البينة، وقضى القاضي له على ذي اليد بها، ثم جاء أخ المقضي عليه وادّعى أنّ هذه الدار كانت لأبيه، وتركها ميراثاً له بين الأخ المقضي عليه وبينه.. يقضى للأخ المدعي بنصف الدار؛ لأن الأخ المقضي عليه - إلا ذي اليد - لم يقل في الجواب: ملكي لأني ورثتها من أبي.. فلم يصر الأخ الآخر مقضياً عليه.. فتسمع دعواه.

قال في «الدرر» من باب الاستحقاق: الحكم في الحرية الأصلية حكم على الكافة، حتى لا تسمع دعوى الملك من أحد، وكذا العتق وفروعه؛ لأن الحرية حق الله تعالى.

وأما الحكم بالحرية في الملك المؤرخ.. فعلى الكافة من التاريخ لا قبله.

وصورته: إذا قال زيد لبكر: إنك عبدي، ملكتك منذ خمسة أعوام، فقال بكر: إني كنت عبد بشر، ملكني منذ ستة أعوام فأعتقني، فبرهن عليه.. اندفع دعوى زيد.

ثم إذا قال عمرو لبكر: إنك عبدي ملكتك منذ سبعة أعوام، وأنت ملكي الآن، فبرهن عليه.. يقبل ويفسخ الحكم بحريته، ويجعل ملكاً لعمرو.

وبه صرّح الإمام قاضي خان في أول البيوع من «شرح الزيادات»؛ حيث قال: القضاء بالعتق في الملك المؤرخ.. قضاء على كافة الناس من وقت التاريخ لا قبله.

(**والإقرار حجة قاصرة**)؛ لأنه لا يتوقف على القضاء، بل هو حجة بنفسه.

وللمقر ولاية على نفسه دون على غيره فيقتصر عليه، حتى لو استحق المبيع بإقرار المشتري.. لا يرجع المشتري [١١٢/أ] على البائع بالثمن، ولا الباعة بعضها على بعض.

ولو أقر المؤجر أن الدار لغيره.. لا تفسخ الإجارة.

والتناقضُ يَمْنَعُ دَعْوَى الْمِلك ....

وفي «الفصولين»: لو استحق المبيع وبرهن المدّعي، ثم أقر المدعى عليه بالملك.. يقضى له بالإقرار لا بالبينة ؛ إذ البينة إنما تقبل على المنكر لا على المقر، وفيه اختلاف المشايخ، فقيل: بالبينة، والأوّل أظهر وأقرب إلى الصّواب. انتهى.

واعترض على كون الإقرار قاصراً بمسألتين:

إحداهما: إذا أراد الزوج أن يسافر بامرأته، فأقرت بدين لإنسان؛ فإنه يمنعها عن السفر.

وثانيهما: إذا أقر المؤجر بدين.. يصح وتنفسخ الإجارة.

ففي الصورتين: لم يقتصر الإقرار على المقر.

والجواب عنه بوجوه:

الأول: لا نسلم أن المرأة والمؤجر يصدقان في إقرارهما في حق الزوج والمستأجر على ما هو المذهب عند أبي يوسف ومحمد، حتى لا يكون للمقر له حبسهما وملازمتهما، ولا يبطل حق الزوج في نقلها، ولا تنقض الإجارة، على ما ذكره العتابي في شرح «الزيادات»، وإنما يصدقان في قول أبي حنيفة.

والثاني: أن المرأة والمؤجر يقدران على الإنشاء بالاستقراض، فكذا يملكان على الإقرار؛ لأنه تصرف في ذمّة نفسهما.

والثالث: ما ذكره العتابي: أن إقرار الإنسان على غيره لا يصح، وذلك بأن يتضمن إقراره بطلاق حق الغير، بحيث يضاف البطلان إلى إقراره، ففي مسألة الإجارة إنما يصح إقراره؛ لأنه تصرّف في ذمة نفسه بإلزام الدّين، ثم تعدّى إلى حق المستأجر، وحقّه إنما يبطل بعد الإقرار.. فلا يضاف البطلان إلى إقرار المؤجر، فلا يكون إقراراً على الغير؛ وكذا مسألة المرأة. انتهى.

(**والتناقض يمنع دعوى الملك**)؛ لأن القاضي لا يمكن له أن يحكم بأحد المتناقضين؛ لعدم الأولوية.. فتساقطا، وهذا معنى المنع.

وهل يلزم كون كلا الدعوتين المتناقضين عند القاضي في تحقق التناقض أو يكفي كون إحداهما عنده؟

فيه خلاف بينهم:

ففي «البزازية» نقلاً عن «الأجناس الصغرى»: ادعى محدوداً بشراء أو إرث، ثم ادّعاه ملكاً مطلقاً.. لا تسمع إذا كانت الدعوى الأولى عند القاضي، وأما إذا لم تكن عند القاضي.. فهذا والأوّل سواء، وهذا على الرواية التي ذكروا: أنَّ التناقض إنما يتحقق إذا كان كلتا الدعوتين عند القاضي.

وأما من اشترط أن تكون الثانية عند القاضي.. يكتفى في تحقق التناقض: كون الثاني عند الحكم، وهل يكفي في دفع التناقض إمكان التوفيق، أو لا بد له من التوفيق بالعقل؟

ففي «البزازية»: ادعى رجل أنه لفلان وكله بالخصومة، ثم ادّعى لفلان آخر وكله بالخصومة.. لا يقبل؛ لأن الوكيل بالخصومة في عين من جهة زيد مثلاً.. لا يلي إضافته إلى غيره، إلا إذا وفق وقال كان لفلان الأوّل، وكان وكلّني بالخصومة ثم باعه من الثاني [١١٢/ب] ووكّلني الثاني أيضاً.

والتدارك ممكن بأن غاب عن المجلس وجاء بعد مدّة، وبرهن على ذلك، على ما نصّ عليه الحصري في «الجامع»، دلّ ذلك أن إمكان التوفيق لا يكفي. انتهى.

ثم قال: وما يدل على أن إمكان التوفيق لا يكفي، ويشترط التوفيق بالفعل: ما قال في «الفتاوى»: ادعى محدوداً إرثاً عن أبيه وبرهن، فدفع المدعى عليه بأن المدّعي أقر بأنه ملك أمّه، وإني اشتريته من أمّه، وصحّح دعواه، وأتى بالصك.. فهذا دفع مسموع.

وقال بعضهم: لا يسمع؛ لإمكان أن يكون ملكاً لأمة ماتت وتركته ميراثاً لأبيه، قال: هذا لا يصحّ ما لم يوفق بالتلقي المذكور.

ولو فتح هذا الباب.. ما تحقق تناقض أبداً، ولما احتيج إلى توفيق ما، ألا ترى كأن المدّعى عليه لو ابتدأ لدفع وقال في هذه المسألة: لا تصح دعواك؛ لأني اشتريته من أمّك، ووجد تقابض البدلين، وأنت أيضاً أقررت بأنه ملك أمّك، أتقول في هذا بصحة الدفع؟

إن قلت: لا.. فقد كابرت؛ لأنه بخلاف الروايات الصريحة، وإن قلت: نعم.. فقد ناقضت؛ حيث اعتمدت في الأول على إمكان التصور، وذلك ثابت هنا أيضاً، فالقول بصحة الدفع في الثاني، مع القول بعدمه في الأول.. نقض الأصل.

واختار شيخ الإسلام: أن إمكان التوفيق يكفي.

وذكر بكر في «شرح الجامع الكبير» أيضاً: أن التوفيق بالفعل شرط في الاستحسان، والقياس: الاكتفاء بإمكانه، قال بكر: ومحمد ذكر التوفيق في البعض؛ ولم يذكر في البعض.. فيحمل المسكوت على المذكور.

وذكر الخجندي واختار: أن التناقض إن كان من المدّعي.. لا بد من التوفيق بالفعل، ولا يكفي الإمكان، وإن كان من المدعى عليه.. يكفي الإمكان؛ لأن الظاهر عند الإمكان: وجوده ووقوعه، والظاهر: حجة في الدفع لا في الاستحقاق، والمدعي مستحق، والمدعى عليه دافع، والظاهر يكفي في الدّفع لا في الاستحقاق.

ويقال أيضاً: إن تعدّد الوجوه لا يكفي الإمكان، وإن اتحد.. يكفي الإمكان.

والتناقض كما يرتفع بتصديق الخصم.. يرتفع بتكذيب القاضي أيضاً؛ كمن ادّعى أنه كفل له عن مديونه بألف، فأنكر الكفالة، فبرهن الدائن أنه كفل عن مديونه، وحكم به القاضي، وأخذ المكفول له منه المال، ثم إن الكفيل ادعى على المديون أنه كان كفيلاً عنه بأمره، وبرهن على ذلك.. يقبل عندنا، ويرجع على المديون بما كفل؛ لأنه صار مكذباً شرعاً بالقضاء.

لَا الْحُرِّيَّةِ ....

وكذا إذا استحق المشتري من [يد] المشتري بالحكم.. يرجع على البائع بالثمن، وإن كان كل مشتر مقراً بالملك لبائعه، لكنه لما حكم ببرهان المستحق.. صار مكذباً شرعاً باتصال القضاء به [١١٣/أ]، الكل في «البزازية».

ومما يدلّ على أن إمكان التوفيق لا يكفي.. ما ذكره في «الفتاوى»: ادّعى شراء دار من أبيه، فقبل أن يزكي شهوده برهن على أنه ورثها من أبيه.. يقبل لوضوح التوفيق؛ لأنه يقول: جحدني الشراء فملكت بالإرث، وعلى العكس.. لا يرهن على أنه له بالشراء أو بالإرث [وعلى العكس.

برهن على أنه له بالإرث]، ثم قال: لم يكن لي قطّ.. لم يقبل برهانه وبطل القضاء.

ادعى الصدقة منه منذ سنة، ثم ادعى الشراء منه منذ شهر وبرهن.. لا يقبل، إلا إذا وفق.

ومما يدلّ على أن الإمكان يكفي.. ما ذكره في «الظهيرية»: رجل ادّعى على رجل مقداراً معلوماً بأنّه دين له عليه، وأنكره المدعى عليه، ثم ادّعى أن ذلك المقدار عنده من جهة الشركة.. فإنه لا تسمع دعواه؛ لأنه تناقض في كلامه، ولو كان الأمر بالعكس.. تسمع؛ لإمكان التوفيق؛ لأن مال الشركة يجوز أن يكون ديناً بالجحود، والدين لا يصير مال الشركة.

(لا الحرية) لأن مبناها على الخفاء؛ لانفراد الولي بالإعتاق، وكلّ ما يبتنى على الخفاء.. يقدر في التناقض.

نظيره كثيرة:

منها: ما ذكره في «البزازية»: أقرّ بالرق وإنقاد للبيع، ثم ادعى الحرية الأصلية أو العارضة، وبرهن.. يقبل لخفاء حال العتق عليه؛ فإن المولى ينفرد بالإعتاق؛ ولهذا

قلنا: المكاتب إذا ادّعى بدل الكتابة، ثم ادّعى تقدم إعتاقه على الكتابة.. تقبل ويرد بدل الكتابة.

وفيها أيضاً: ادعى الرقيق حرية الأصل، ثم العتق العارضي.. تقبل، ولا يمنع التناقض صحة الدعوى؛ لما فيه من الخفاء.

ومنها: ما ذكر في «المبسوط»: أنّ الأمة إذا أقرّت بالرق فباعها المقرّ له.. جاز؛ فإن ادعت عتقاً بعد البيع، وأقامت البينة على عتق من البائع، أو على أنها حرة الأصل.. قبلت بينتها استحساناً.

ولو باع عبداً ودفعه إلى المشتري، وقبض ثمنه، وقبضه المشتري وذهب به إلى منزله، والعبد ساكت: وهو ممن يعبر عن نفسه.. فهذا إقرار منه بالرق؛ لأنه انقاد للبيع والتسليم، ولا يثبت ذلك شرعاً إلا في الرقيق، فلا يصدق في دعوى الحرية بعد ذلك؛ لأنه سعى في نقض ما تم من جهته، إلا أن تقوم له بينة على ذلك فحينئذٍ تقبل، والتناقض لا يمنع من ذلك.

وهل يمنع التناقض صحة الدعوى في الوقت كما في دعوى الملك، أو لا يمنع كما في الحرية؟

ففي «قاضي خان»: رجل باع أرضاً، ثم ادعى أنه كان وقفها قبل البيع، فأراد تحليف المدعى عليه.. ليس له ذلك عند الكل؛ لأن الحلف يعتمد صحة الدعوى، ودعواه لا تصح؛ لمكان التناقض.

وإن أقام البينة على ما ادّعاه.. اختلفوا فيه:

قال بعضهم: [١١٣/ب] لا تقبل بينته؛ لأنه متناقض.

وقال بعضهم: تقبل بينته؛ لأن التناقض لا يمنع الدعوى في الوقف.

وعلى قول الفقيه أبي جعفر: الدعوى لا تشترط لقبول البينة على الوقف؛ لأن الوقف حق الله تعالى، وهو التصدق بالغلة، فلا تشترط فيه الدعوى؛ كالشهادة على

الطلاق والعتق، إلا أنه إذا كان هناك موقوف عليه مخصوص ولم يدع.. لا يعطى له شيء من الغلة، وتصرف جميع الغلة إلى الفقراء؛ لأن الشهادة قبلت لحق الفقراء.. فلا تظهر إلّا في حق الفقراء.

وقيل: وينبغي أن يكون الجواب على التفصيل: إن كان الوقف على قوم بأعيانهم.. لا تقبل البينة عليه بدون الدعوى عند الكلّ، وإن كان الوقف على الفقراء أو على المسجد؛ عندهما.. تقبل.

وعند أبي حنيفة: لا تقبل بدون الدعوى. انتهى.

ورجّح الإمام البزازي في «فتاواه» هذا التفصيل.

وفي «العمادي» و«الفصولين»: وعليه فتوى الكرماني.

ومن هنا ظهرت بينة البائع على وقفية ما باع.. مختلف فيها، قيل: تقبل، وقيل: لا.

وهل تقبل بينة المشتري على وقفية ما اشتراه؟

ففي «العمادي»: ذكر رشيد الدين في «فتاواه»: ولو أقام المشتري البينة أن هذه الدار كانت وقفاً على أولاد فلان، أو على مسجد كذا، أو على الفقراء، وأن فلاناً وقفه وسلّمه إلى المتولي.. فدعوى الوقف لا تصح من المشتري؛ لأنه ساع في نقض ما يتم من جهته؛ ولأنه ليس بخصم في دعوى الوقفية عن الموقوف عليهم. انتهى.

وقال في الثاني عشر من دعوى «البزازية»: ولو أقر المشتري أن الأرض المشتراة مسجد أو مقبرة، وألزم الحاكم الإقرار على المشتري، ثم برهن المشتري على البائع ليرجع بالثمن عليه.. تقبل بنيته.

وهل تسمع دعوى الحرية من البائع بعد البيع، أو لا تسمع للتناقض؟

وَالطَّلَاقِ وَالنّسبِ؛

ففي الثاني عشر من دعوى «البزازية»: باع عبداً، ثم ادّعى أنه أعتقه أو كان حرّاً، ثم باعه.. تسمع.

وذكر القاضي: باع ثم ادّعى أنه كان دبّره أو أعتقه.. لا تسمع؛ للتناقض.

ولو ادّعى أنه خلق من مائه.. تقبل، ويثبت النسب ويبطل البيع.

نظيره: اشترى عبداً وادعى أنه حر، وألزمه الحاكم إقراره، فبرهن على الحرية، والعبد ينكر.. يقبل ويرجع بالثمن على البايع.

ثم ذكر فيها: برهن المشتري على أن البائع كان [قد] أعتق المبيع قبل بيعه مني، أو قال: كنت علّقت عتقه بالشراء فاشتريته من آخر وبعته مني.. تقبل ويسترد الثمن.

وكذا لو برهن البائع على المشتري أنه أعتقه قبل البيع منه.. تقبل؛ لأن التناقض عفو في هذا الباب.

وفي «الأجناس»: دعوى المشتري الحرية من البائع، لو أنكر البائع وعجز المشتري إثباته.. مقصور على المشتري [١١٤/أ]، وإن برهن.. تقبل عند الثاني.

وقالا: لا تقبل بينة المشتري على البائع بعد الشراء. انتهى.

وهل يعتبر التناقض في الأراضي الأميرية كما في دعوى الملك، أو لا يعتبر كما في دعوى الوقف والحرية؟

لم أره صريحاً، لكن الظاهر من فتاوى مشايخ الإسلام: أنه لا يعتبر كما في دعوى الوقف.

(والطلاق)؛ لأن مبناه على الخفاء كالحرية؛ لأن الزوج ينفرد بالطلاق.

نظيره: إذا اختلعت المرأة من زوجها، ثم أقامت بينة أنه كان طلقها ثلاثاً قبل الخلع.. تقبل بينتها، ولها أنت تسترد بدل الخلع وإن كانت متناقضة؛ لأن التناقض عفو؛ لانفراد الزوج بإيقاع الثلاث عليها من غير أن يكون لها علم.

(والنسب)؛ لأن مبناه أيضاً على الخفاء، لابتنائه على العلوق.

نظيره: باع عبداً ولد عنده، وباعه المشتري من آخر، ثم ادّعاه البائع الأوّل أنه ابنه.. تسمع دعواه ويبطل البيع الأول والثاني معاً لأن النسب يبتني على العلوق، وهي خفاء.. فيعذر في التناقض.

قال في «البحر»: إنّ المراد بالنسب في قولهم: التناقض يمنع دعوى الملك لا الحرية والنسب والطلاق: خاص في الأصول والفروع، وأما تناقض غيرهم.. فإنه يمنع الدعوى، واستشهد عليه بمسألة نقلها عن «الظهيرية» وهي: رجل ادّعى على رجل أنه أخوه، وادّعى عليه النفقة والميراث، فقال المدعى عليه: ليس هو بأخي، ثم مات المدّعي وخلف أموالاً كثيرة، فجاء المدعى عليه يطلب ميراثه، وقال: هو أخي.. لا تقبل ولا يقضى له بالميراث؛ لأنه متناقض.

ولو كان مكان دعوى الأخوة دعوى البنوة أو الأبوة، والمسألة بحالها.. يقبل ذلك منه ويقضى له بالميراث.

ثم قال: وأرجعوا التناقض في غير دعوى الأبوة والبنوة من دعاوي النسب إلى التناقض في دعوى الملك؛ لكونه لا تصح الدعوى بأنه أخوه.. إلا إذا ادّعى حقاً.

ولهذا قال في «البزازية» من العاشر في دعوى النسب والإرث.

ادعى على آخر أنه أخوه لأبويه؛ إن أدّعى إرثاً أو نفقة وبرهن.. تقبل ويكون قضاء على الغائب أيضاً، حتى لو حضر الأب وأنكر.. لا تقبل، ولا يحتاج إلى إعادة البينة؛ لأنه لا يتوصل إليه إلّا بإثبات الحق على الغائب.

وإن لم يدع مالاً، بل ادعى الأخوة المجردة.. لا تقبل؛ لأن هذا في الحقيقة إثبات البنوة على أب المدعى عليه، والخصم فيه هو الأب لا الأخ.

وكذا لو ادّعى أنه ابن ابنه، أو أبو أبيه، والابن والأب غائب أو ميت.. لا تصح ما لم يدع مالاً؛ فإن ادّعى مالاً.. فالحكم على الحاضر والغائب جميعاً كما مر.

بخلاف ما إذا ادعى على رجل - أنه أبوه أو ابنه، أو على امرأة [١١٤/ب] أنها زوجته، أو ادعت هي عليه أنه زوجها، أو ادّعى العبد على عربي أنه مولاه عتاقة، أو ادّعى عربي على آخر أنه معتقه، أو ادعت على رجل أنها أمّه، أو كانت الدّعوى في ولاء الموالاة - **وأنكره المدعى عليه، فبرهن المدعى على ما قال.. تقبل؛** ادعى به حقاً أو لا.

بخلاف دعوى الأخوة ونحوها؛ لأنها دعوى على الغير.

ألا ترى أنه لو أقرّ بأنه أبوه أو ابنه أو زوجها أو زوجته.. صح.

ولو أقرّ بأنّه أخوه.. لا؛ لكونه حمل النسب على الغير. انتهى.

هكذا ذكره في «المحيط» أيضاً.

فإن قيل: كيف يصح التخصيص المذكور، وقد قال في «العمادي» و«الفصولين»: أنه لو قال: أنا لست بوارث له، ثم ادعى أنه وارثه وبيّن الجهة.. يصح، والتناقض في النسب لا يمنع صحة الدعوى. انتهى.

فإن الظاهر منه: أن التناقض في دعوى النسب معفو مطلقاً بلا تخصيص بالأبوة والبنوة، ولا يمنع صحة الدعوى في شيء من النسب أصلاً.

أقول: المراد بالتناقض المذكور في «العمادي» و«الفصولين»: هو التناقض بين النفي المطلق عن ذكر الجهة؛ بأن قال: أنا لست بوارث له، بلا ذكر جهة من جهات النسب، وبين الدعوى المقيدة بذكر جهة من جهات النسب؛ من: الأبوة أو البنوة أو الأخوة أو العمومة أو الخؤولة إلى غير ذلك؛ فإن هذا التناقض معفو مطلقاً، حتى لو قال: أنا لست بوارث له، ثم ادّعى أنه أبوه، أو ابنه، أو وجده، أو ابن ابنه، أو أخوه لأب وأم، أو لأب، أو لأم، أو عمه، أو خاله، أو ابن عمه، أو ابن خاله، أو عمته، أو خالته.. تسمع، ولا يضر هذا التناقض؛ لأن هذا ليس بتناقض في الحقيقة؛ لعدم

اتحاد الجهة في الطرفين، وهو شرط في التناقض الحقيقي، وإنما التناقض فيها بحسب الظاهر، وذا لا يضرّ.

بخلاف ما ذكره في «البحر»؛ فإن مراده بالتناقض: هو التناقض الحقيقي، وهو ما كان مع اتحاد الجهة في مقام النفي والإثبات؛ فإن عفو هذا التناقض مختص بالأبوة والبنوة والأمومة، ولا يعفى في دعوى الأخوة والجدية وابن الابن والعم وابن العم والخال وابن الخال والخالة وغيرها، حتى لو قال: أنا لست بأخ له، ثم ادّعى أنه أخوه لأب وأمّ، أو لأب، أو لأم.. لا تسمع؛ للتناقض.

أو قال: أنا لست بابن ابن له، أو عمّ، أو ابن عمّ له، أو خال، أو ابن خال له، ثم ادّعى أنه ابن ابنه، أو عمّه، أو ابن عمّه، أو خاله، أو ابن خاله.. لا تسمع للتناقض.

فإن قيل: قد تقدّم أن التناقض إنما يعفى لكونه محلّ الخفاء، والنسب كله - سواء كان الأبوة أو البنوة أو ابن الابن أو الأخوة أو العمومة أو الأخولة أو غيرها - في محل الخفاء؛ لابتنائها كلها على العلوق.. فلا يصح التخصيص بالأبوة والبنوة.

قلنا: نعم [١١٥/أ]، لكن الكون: في محل الخفاء، وهو المقتضي للعفو، وهذا لا يكفي في العفو، بل لا بدّ له من ارتفاع المانع وهو كونه دعوى على الغير، وهذا مرتفع في دعوى الأبوة أو البنوة؛ لأنه ليس دعوى على الغير، بخلاف دعوى الأخوة والعمومة وغيرهما من المعاني المذكورة.. فإنها دعوى على الغير وهو مانع.. فلا تسمع لوجود المانع ما لم يدع حقاً.

واعلم: أنّ الأصل ههنا: أن كلّ ما كان مبناه على الخفاء.. فالتنقاض فيه عفو عند ارتفاع المانع.

منها: ما ذكره المصنف: الحرية والطلاق والنسب.

ومنها: ما ذكر في «البزازية»: ادّعى عليه أنه استهلك عيناً له، وعليه قيمته، ثم ادّعى أن العين قائم في يده وعليه إحضاره.. تقبل، وكذا على القلب؛ لأنه مكان للخفاء فيعفى فيه التناقض.

ومنها: ما ذكر في «الظهيرية»: اشترى داراً لابنه الصغير من نفسه وأشهد على ذلك، فكبر الابن ولم يعلم ما صنع الأب، ثم إنّ الأب باع الدار من رجل وسلّمها إليه، ثم إن الابن استأجر الدار من المشتري، ثم علم الابن ما صنع الأب، فادّعى الدار على المشتري وقال: إن أبي اشترى هذه الدار لي من نفسه وفي صغري وهي ملكي، وأقام على ذلك بينة، فقال المدعى عليه في دفع الدعوى للمدعي: إنك متناقض في هذه الدعوى؛ لأن استئجارك الدار مني.. اعتراف منك أن الدار ليست لك، فدعواك الدار بعد ذلك يكون منك تناقضاً!

قال: الصحيح: أن هذا لا يصلح دفعاً لدعوى المدّعي، وإن كان هذا تناقضاً؛ لأن هذا التناقض لا يمنع صحة الدعوى مما فيه من الخفاء؛ فإن الأب يستقل بالشراء للصغير، ومن الصغير لنفسه، والابن ليس له علم بذلك.

وفي «العيون»: قدم بلدة واشترى أو استأجر داراً، ثم ادّعاه قائلاً: بأنه دار أبيه، مات وتركها ميراثاً له، وكان لم يعرفه وقت الاستيام والاستئجار.

قيل: لا يقبل للتناقض، وقيل: يقبل، وهو الأصح لما فيه من الخفاء.

وفي «المنية»: ابنان اقتسما التركة، ثم ادّعى أحدهما أن أباه كان جعل له هذا الشيء المعين من الذي كان داخلاً تحت القسمة؛ إن قال: إنه كان في صغري.. تقبل، وإن مطلقاً.. لا تقبل.

ذكر الوتار: تولّى ولاية وقف، أو تولّى وصاية تركة بعد تعين كونها تركة، أو قسم تركة بين ورثة، ثم ادّعاه لنفسه.. لا تسمع؛ للتناقض.

اشترى جارية في نقاب، ثم ادعاها وزعم أنه لم يعلمها.. لا يقبل للتناقض.

فَلَو ولدتَ أمةٌ مبيعةٌ فاستُحِقَّتْ بِبَيِّنَةٍ.. تَبعهَا وَلَدُهَا إِن كَانَ فِي يَده، ....

ولو اشترى ثوباً في منديل، ثم ادّعى أنّه له.. يقبل.

قال محمد في الفرق: انظر إلى ذلك الشيء، إن كان مما يمكن أن يعرف وقت المساومة؛ كالجارية القائمة المنتقبة بين يديه.. لا تقبل؛ للتناقض، إلا إذا صدقه [١١٥/ب] المدعى عليه في عدم معرفته إياها.. فحينئذٍ تقبل.

وإن كان مما لا يعرف؛ كثوب في منديل، أو جارية قاعدة على رأسها غطاء لا يرى منها شيء.. تقبل؛ لما فيه من الخفاء.

وقيل: لا تقبل في مسألة المنديل أيضاً.

استأجر دابة من آخر، ثم ادّعى أنها كانت له، اشتراها له أبوه في صغره، وبرهن.. تقبل؛ لما فيه من الخفاء.

الورثة إذا تقاسموا مع الزوج أو الزوجة، ثم ادعوا الطلاق قبل الموت، وانقضاء العدة قبل الموت.. تقبل.

وكذا المديون بعد قضاء الدين لو برهن على إبراء الدائن.

وكذلك الورثة إذا تقاسموا مع الموصى له بالمال، ثم ادّعوا رجوع الموصي.. يصحّ؛ لانفراد الموصي بالرجوع.

والجامع في الكلّ: خفاء الحال.

(فلو ولدت أمة مبيعة) - أي: عند المشتري - لا باستيلاد مولاه علما في «الكافي».

وقال في «البحر»: لو ولدت من غير مولاه (فاستحقت ببينة.. يتبعها ولدها) أي: يأخذ المستحق الأمة؛ لإثباته أنها ملكه، ويأخذ ولدها أيضاً تبعاً لها؛ لما تقدم أن البينة حجة متعدية إلى الفرع، لكن لا مطلقاً، بل (إن كان) الولد (في يده) أي يد المشتري؛ لأن الولد إذا كان في يد رجل غائب.. فالقضاء بالأم لا يكون قضاء

وَقضيَ بِهِ أَيْضاً.

وَقيل: يَكْفِي الْقَضَاءُ بِالْأُمِّ.

بالولد، بل لا بدّ له من قضاء مستقل بالاتفاق على ما في «البداية».. فحينئذٍ لا يتبعها ولدها بدون القضاء.

(**وقضي به**) أي: بالولد (**أيضاً**) كما قضى بالأم.

(**وقيل: يكفي القضاء بالأم**)، ولا حاجة إلى القضاء بالولد مستقلاً؛ لأنه تابع للأم.

والأول: أصحّ على ما في «التبيين» و«العناية»؛ لأن الولد يوم القضاء منفصل عن أمه، فكان مستبداً بالقضاء.

ويؤيده: ما قال محمد: إذا قضى القاضي بالأصل ولم تعرف الزوائد.. لم تدخل الزوائد تحت الحكم.

ذكر في «البزازية» هذه المسألة ثم قال: فإن كانت هذه الجارية ولدت من المشتري.. فالولد حرّ بالقيمة يوم الخصومة، ويرجع المشتري على البائع بالقيمة.

ولو مات الولد.. لا شيء على المشتري.

وإن قتل وأخذ ديته عشرة آلاف.. غرم قيمته لا غير.

وإن ماتت وتركت مالاً كثيراً.. فكله للمشتري، ولا يغرم للبائع شيئاً، وعليه العقر.

ولو اكتسبت الجارية، أو وهب لها بأخذها المستحق مع الاكتتاب، ولا يرجع على البايع إلا بالثمن. انتهى.

وذكر فيها أيضاً قبل هذه المسألة: اشترى شجرة فأثمرت والثمار عليها، واستحقها رجل بالبينة.. تتبعها الثمرة.

اعلم: أن الاستحقاق نوعان:

استحقاق مبطل؛ كدعوى الحرية والعتق من البائع، وثبوتُه يوجب فسخ البياعات في كلّ الروايات.

وناقل؛ كدعواه أنه ملكه، وأنه لا يوجب فسخ البياعات في ظاهر الرواية [١١٦/أ].

وكذلك يختلف المبطل مع الناقل في الرجوع:

فإن في المبطل: الباعة يرجع بعضهم على بعض، قبل رجوع الأول على الثاني، والثاني على الثالث، ولا يرجع الأول على الثالث، إلا إن مات الثاني ولم يترك شيئاً، ولا وارثاً، ولا وصيّاً؛ فإنه حينئذ يرجع على بائع الميت إن جاز، كما ذكره في «العمادية» نقلاًعن شمس الإسلام الأورجندي: رجل اشترى من آخر جارية، ثم ظهر أنها حرّة وقد مات البائع ولم يترك شيئاً، ولا وارثاً، ولا وصيّاً، غير أن بايع الميّت حاضر؛ فإنه يجعل القاضي للميت وصياً حتّى يرجع المشتري على وصيّ الميت، ثم وصّي الميت يرجع على بايع الميّت ، وكذلك يرجع فيه على الكفيل، وإن لم يقبض على المكفول عنه.

وفي الناقل: لا يرجع الباعة بعضهم على بعض قبل رجوع المشتري على البايع، ولا يرجع البائع على بايعه، وكذا الكفيل لا يرجع على المكفول عنه قبل رجوع على البائع، ويتحد الناقل والمبطل من وجه، فإنهما يجعلان المستحق عليه ومن يملك منه ذلك الشيء مستحقاً عليه، حتى لو برهن عليهم مدّعي الملك المطلق: أن المستحَقَّ له.. لا يقبل برهانه.

ثم الناقل على ضربين:

قديم: وحكمه الرجوع بالثمن على بائعه؛ لأنه بان أنه باع ملك غيره.

وحديث: ومن حكمه عدم رجوع المشتري على بائعه بالثمن؛ لورود الاستحقاق بأمر حادث في ملك المشتري.. فلا يرجع على أمر كان عند البائع، وبه أمثلة كثيرة ذكرها في استحقاق «البزازية»، فارجع إليها.

ثم لا بد من معرفة حكم استحقاق بدل العقود، فقال في «الفصولين»: استحقاق بدل الخلع.. يوجب الرجوع بقيمته، واستحقاق بدل المبيع.. يوجب الرجوع بعين المبيع إن قائماً، وبقيمته إن هالكاً، واستحقاق الأجرة يوجب الرجوع بأجر المثل الذي هو قيمة المنفعة.

أقول: ينبغي أن يكون المراد بالأجرة ههنا: هو العين القيمي لا المثلي، فحينئذٍ تجب قيمة المنفعة، لا قيمة الأجرة التي هي بدل المنفعة؛ كما في المعاوضات إذا استحق أحد البدلين وهلك البدل الآخر.. تجب قيمة الهالك، لا قيمة المستحق؛ لانتقاض البيع.

وأما المثلي فينبغي أن يجب مثله؛ مثلاً: لو دفع عشرة دراهم أجرة فاستحقت.. ينبغي أن تجب عشرة مثلها، لا قيمة المنفعة؛ إذ الإجارة ينبغي أن لا تبطل باستحقاق الأجرة النقد.

هذا، واستحقاق المنفعة يوجب الرجوع بالأجرة إن باقية، وبقيمتها إن هالكة. انتهى.

وهكذا ذكره في «البزازية» أيضاً، ولم يذكر ما ذكره صاحب «الفصولين» بحثاً عن الفرق في مسألة استحقاق الأجرة، وذكر قبله بورقة ما يخالف هذا؛ حيث قال: وفي المقايضة إذا استحق أحد العوضين.. يرجع بقيمته؛ قياساً على ما إذا ادّعى داراً فصالحه [١١٦/ب] على شيء، ثم استحق العوض.. يرجع في دعواه. انتهى.

قلت: الفتوى على ما ذكر في «الفصولين»، بل ما ذكره البزازي في المقايضة ليس على ما ينبغي؛ لأنه إذا استحق أحد العوضين في المقايضة.. ينتقض البيع،

وَإِن أقرَّ بهَا لرجلٍ.. لَا يتبعهَا وَلَدُهَا.

سواء اعتبر المستحق مبيعاً أو ثمناً؛ لأن العقد علّق بعين البدلين؛ فإذا انتقض البيع.. يرجع بعين الآخر إن قائماً، وبقيمته أو بمثله إن هالكاً ، بخلاف ما إذا كان الثمن نقداً أو مثلياً؛ لأن اللائق حينئذ أن يرجع بمثل الثمن لا بعين المبيع أو بقيمتهأو بمثله؛ كما ذكره صاحب «الفصولين» في استحقاق الأجرة.

(وإن أقر) المشتري (بها) - أي بالأمة التي في يدها - (لرجل).. يأخذها الرجل، (ولا يتبعها ولدها)؛ لما تقدم أن الإقرار حجة قاصرة، لانعدام ولايته على الغير، وإنما يثبت به الملك في المخبر به ضرورة صحة إخبار العاقل، والثابت ضرورة يتقدر بقدرها، وهي تندفع بإثباته بغير الانفصال، فيقتصر على الحال.. فلا يظهر ملك المستحق من الأصل، حتى لا يرجع المشتري على البائع، ولا الباعة بعضها على بعض بالثمن، فلا يكون الولد له، لكنه لا مطلقاً، بل إذا لم يدع المقر له بالأم الولدَ؛ أما إذا ادّعى الولد.. كان له؛ لأن الظاهر له على ما صرّح به في «النهاية» و«العناية».

أقول: إن الظاهر إنما يصلح حجة للبقاء، لا للاستحقاق، على ما بيّن في الأصول.

فهل للمشتري الرجوع بالثمن على البائع بعد ثبوت الاستحقاق بإقراره؟

ففي «العمادي» و«الفصولين»: شرى داراً فاستحقت بإقرار المشتري، أو بنكوله عن اليمين.. لا يرجع بثمنه على بائعه، فلو برهن المشتري أنّ الدار ملك المستحق ليرجع.. تمنع الدعوى في الملك؛ ولأنه إثبات ما هو ثابت بإقراره فلغا؛ أما لو برهن على إقرار البائع أنه للمستحق.. يقبل؛ لعدم التناقض، وإنه إثبات ما ليس بثابت ولا بينة له.. فله تحليف البائع بالله ما هو للمدّعي؛ لأنه يحتمل أن ينكل فيصير بنكوله كالمقر، ويسترد الثمن بعد ذلك.

وهل يلزم للمشتري تفسير الاستحقاق حين أراد الرجوع بالثمن على البايع؟

ففي «الفصولين» أيضاً: أنه لابد أن يفسّر الاستحقاق ويبين سببه، فلو بينه وأنكر بائعه البيع، فبرهن المشتري على البيع.. تقبل ويرجع بالثمن.

وهل يشترط حضرة المبيع بسماع البينة؟

قيل: يشترط، وقيل: لا، وكذا العبد إذا تداولته الأيدي وادّعى حريته على المشتري الأخير ورجع البعض على البعض.. لا يشترط حضرة العبد عند الرجوع بالثمن، بل إذا شهد الشهود أن العبد الذي أقام البينة على حريته باعه هذا من هذا.. كفى.

وعند بعضهم: تشترط حضرته، وهكذا ذكره في استحقاق «البزازية» أيضاً [١١٧/أ]، ثم قال: وإن أنكر البائع البيع، ورجع على المشتري منه بالحكم بالبينة.. فللبائع هذا أن يرجع على بائعه بالثمن وإن كان متناقضاً؛ لارتفاع التناقض، وزعم عدم البيع بالقضاء.

وهل يلزم إعادة البينة للرجوع بالثمن على البائع بعد ثبوت الاستحقاق بالبينة؟

ففي «العمادية»: إذا استحق المشتري من يد المشتري الأخير.. يكون ذلك قضاء على جميع الباعة، وكان لكل واحد من المشترين أن يرجع على بائعه بالثمن من غير إعادة البينة، ولكن إنما يرجع كل مشتر على بائعه إذا رجع على المشتري. انتهى.

فعلم: أنه يرجع عليه بلا إعادة البينة، لكن لا مطلقاً، بل إذا رجع عند القاضي.. وقع عنده الاستحقاق، وأما إذا رجع عند غير هذا القاضي.. لا بدّ له من إعادة البينة؛ كما في استحقاق «البزازية»: إذ أراد المشتري أن يرجع على بائعه في غير البلد الذي وقع فيه الاستحقاق.. لا يكون له ذلك، ما لم يثبت الاستحقاق عند الحاكم، وإن دفع البائع إلى المشتري الثمن بلا خصومة وبرهان وإلزام الحاكم.. لا يملك أن يرجع على بائعه؛ لأنه متبرع. انتهى كلامه.

وفي «قاضي خان»: رجل اشترى جارية وقبضها، فباعها من غيره، ثم باعها الثاني من ثالث، ثم ادّعت الجارية أنها حرة، فردّها الثالث على بائعه بقولها، وقبل البائع الثاني منه، ثم الثاني ردّها على الأوّل فلم يقبل الأوّل:

وَإِن قَالَ شخصٌ لآخرَ: اشترني فَأَنا عبدٌ، فَاشْتَرَاهُ، فَإِذا هُوَ حرٌّ؛ فَإِنْ كَانَ البَائِعُ حَاضِراً أَو مَكَانُهُ مَعْلُوماً.. لَا يضمَنُ الْآمِرُ، ....

قالوا: إن كانت الجارية ادّعت العتق.. كان للأول أن لا يقبل؛ لأن العتق لا يثبت بقول الجارية بدون البينة.

وإن كانت الجارية ادّعت أنها حرة الأصل؛ فإن كانت حين بيعت وسلّمت انقادت لذلك.. فهو بمنزلة دعوى المعتق؛ لأنها لما انقادت إلى البيع والتسليم.. فقد أقرّت بالرق، وأن لم تكن انقادت، ثم ادعت أنها حرة.. لم يكن للبائع الأول أن لا يقبل؛ لأن القول في حرية الأصل قولها؛ فإذا استحقت نفسها بما هو حجة على الكل.. لم يكن للبائع الأول أن لا يقبل.

وقال بعضهم: إذا بيعت الجارية، ثم ادّعت أنها حرّة الأصل.. لم يكن للمشتري أن يرجع على البائع؛ لأن الحرية لا تثبت بقولها.

والصحيح: أنه إذا لم يسبق منها ما يكون إقراراً بالرق.. كان القول قولها في دعوى الحرية، وللمشتري أن يرجع على البائع بالثمن بقولها.

وذكر في «المنتقى»: رجل اشترى جارية، والجارية لم تكن عند البائع، فقبضها المشتري ولم تقر بالرق، ثم باعها المشتري من آخر والجارية لم تكن عند البائع الثاني، وقبضها المشتري الثاني، ثم قالت الجارية: أنا حرة.. قال القاضي: يقبل [١١٧/ب] قولها، ويرجع بعضهم على بعض بالثمن.

فإن قال المشتري الأول: إن الجارية أقرت بالرق، وأنكر المشتري الثاني ذلك، وليس للمشتري الأول بينة على إقرارها بالرق.. فإن المشتري الثاني يرجع بالثمن على المشتري الأول، والمشتري الأول لا يرجع بالثمن على بائعه؛ لأنه ادّعى إقرار الجارية بالرق. انتهى.

(وإن قال شخص لآخر: اشترني فأنا عبد، فاشتراه، فإذا هو حر؛ فإن كان البائع حاضراً) وقت قال الشخص ذلك أو كان غائباً، **(أو مكانه معلوماً.. لا يضمن الآمر)**

وإلّا.. ضمَن وَرجع على البَائِعِ إذا حضَر.

وَإِن قَالَ: ارتهنّي.. فَلَا ضَمَانَ أصلاً.

شيئاً؛ لعدم الغرور من جهته؛ لحضور البائع أو كون مكانه معلوماً، (**وإلا.. ضمن**) الآمر (**ورجع على البائع إذا حضر**) عند أبي حنيفة ومحمد.

وإن لم يقل ذلك الشخص: اشترني، أو قال ذلك لكنه لم يقل: إني عبد.. ليس على العبد شيء بالاتفاق، كذا في «العناية» و«فتح القدير».

وقال في «البحر»: وفي «العتابية» من فصل الاستحقاق ما يخالفه.. فلينظر ثمة. انتهى.

(**وإن قال**) شخص: (**ارتهني**) فإني عبد، فوجده حرّاً، (.. **فلا ضمان**) على الآمر من جهة المرتهن (**أصلاً**)، أي: سواء كان الراهن حاضراً أو غائباً، أية غيبة كانت بالاتفاق، وهو قول أبي يوسف في البيع أيضاً.

له: أن الرجوع في هذا العقد إما أن يكون بالمعاوضة أو بالكفالة، وليس شيء منهما موجوداً، وإنما الموجود هو الإخبار كاذباً، فصار كما إذا قال الأجنبي: اشترني أو ارتهني فأنا عبد.

ولهما: أن المشتري اعتمد على أمره بالبيع وإقراره بعبوديته؛ إذ القول له في الحرية، فحين أقر بالعبودية.. غلب ظن المشتري بذلك، والمعتمد على الشيء بأمر الغير وإقراره: مغرور من جهته، والغرور في المعاوضات التي تقتضي سلامة العوض.. جعلت سبباً للضمان؛ دفعاً للغرور بقدر الإمكان.

كما في المولى إذا قال لأهل السوق: هذا عبدي وقد أذنت له في التجارة فبايِعوه، فبايَعوه ولحقه ديون، ثم ظهر أنه حرّ.. فإنهم يرجعون على المولى بديونهم بقدر قيمته بحكم الغرور، وهذا غرر وقع في عقد المعاوضة، والعبد بظهور حريته أهل للضمان، فيجعل ضامناً للثمن عند تعذر رجوعه على البائع؛ دفعاً للضرر.

ولا تعذر إلا فيما لا يعرف مكانه.

بخلاف الرهن؛ فإنه ليس بعقد معاوضة، بل هو وثيقة لاستيفاء عين حقه؛ ولهذا جاز الرهن ببدلي الصرف والمسلَم فيه، وإذا هلك.. يقع به الاستيفاء، ولو كان معاوضة.. لكان استبدالاً برأس مال السلم أو بالمسلَم فيه، وهو حرام.

فإذا لم يكن فعاوضة.. لا يجعل الآمر به ضامناً للسلامة.

وبخلاف الأجنبي؛ لأنه لا معتبر بقوله.. فلا غرور [١١٨/أ] من جهته.

ولاختصاص إيجاب الغرور والضمان بالمعاوضات قالوا: إن الرجل إذا سأل غيره عن أمن الطريق، فقال: اسلك [هذا الطريق] فإنه آمن، فسلكه؛ فإذا هو فيه لصوص سلبوا أمواله.. لم يضمن المخبر شيئاً.

وكذا لو قال: كُلْ هذا الطعام؛ فإنه غير مسموم، فأكله، فظهر أنه مسموم.. فلا ضمان عليه؛ لأنه تغرير في غير المعاوضة؛ لأنه يستحق العقوبة عند الله تعالى.

ولو قال: اسلك [هذا الطريق]؛ فإنه آمن، إن كان مخوفاً وأُخِذَ مالكُ فأنا ضامن، فسلك وأُخذ ماله.. ضمن؛ لأنه ضمن السلامة نصّاً. هكذا ذكره في «العمادي».

وقال: وصار الأصل أن المغرور إنما يرجع على الغار إذا حصل الغرور في ضمن عقد المعاوضة، أو ضمن الغار صفة السلامة للمغرور نصاً.

ولو قال الطحان لصاحب الحنطة: اجعل الحنطة في الدلو، فجعله في الدلو، فذهبت من ثقب كان به إلى الماء والطحان كان عالماً به.. يضمن؛ لأنه صار غاراً في ضمن العقد، بخلاف ما سبق، أعني: قوله: «اسلك [هذا الطريق]؛ فإنه آمن»؛ لأنه ما ضمن السلامة بحكم العقد أصلاً.

وفي «البحر» نقلاً عن «الخانية»: المغرور يرجع بأحد أمرين؛ إما بعقد المعاوضة، أو بقبض يكون للدافع كالوديعة والإجارة؛ فإذا هلكت الوديعة أو العين

المستأجرة، ثم جاء رجل واستحق العين وضمن المودع والمستأجر.. فإن المودع والمستأجر يرجع على الدافع بما ضمن.

وكذا كل من كان بمعناهما.

وفي الإعارة والهبة.. لا يرجع على الدافع بما ضمن. انتهى.

والمراد بقوله: «من كان بمعناهما»: هو المرتهن؛ لما في «العمادي»: لو هلكت الدابة في يد المرتهن أو المودع أو المستأجر، ثم استحقها رجل بالبينة وأخذ القيمة منه.. كان له أن يرجع على الراهن والآجر والمودع.

وقال هو أيضاً نقلاً عن «مختصر العصام»: ولو وهب ما غصب، أو باع، أو تصدق به، أو أجر، أو رهن، أو أودع، أو أعاد، فهلك.. ضمنوا قيمته، ولا يرجع الموهوب له والمتصدق عليه والمستعير بما ضمنوا على الغاصب، ويرجع المستأجر والمودع والمرتهن بالقيمة عليه، ويرجع المشتري بالثمن عليه، ولا يرجع الغاصب من الغاصب، ولا السارق منه.

واعلم: أن المشتري إنما يرجع على البائع بالثمن بعد الاستحقاق إذا لم يهب البائع الثمن به، أو لم يبرأ عنه، وإلّا.. فلا؛ حيث قال في استحقاق «البزازية»: وإن وهب البائع الثمن من المشتري أو أبرأه، ثم استحق.. ليس له أن يرجع بالثمن على بائعه، وكذا الباعة لا يرجع بعضهم على بعض، وذكر الوتار: لو تداولته الأيدي، وأحد الباعة أبرأ مشتريه، ثم استحق ورجع الباعة بعضهم على [١١٨/ب] بعض.. فالذي أبرأه لا يرجع على بائعه، ولا بقية الباعة أيضاً؛ لتعذر القضاء على الذي أبرأ مشتريه.

وفي «المحيط»: أبرأ الثاني مشتريه.. لا يرجع عليه مشتريه للإبراء، وهل يرجع الأول على بائعه؟

قيل: يرجع، وقيل: لا. انتهى.

وَمن ادّعى حَقّاً مَجْهُولاً فِي دَارٍ فصُولَح على شيءٍ، فَاسْتُحقَّ بَعْضُـهَا.. فَلَا رُجُوعَ عَلَيْهِ، وَلَو اسْتُحِقَّ كلُّهَا.. رَدَّ كلَّ الْعِوَض.

وَفُهِمَ مِنْهُ: صِحَةُ الصُّلْحِ عَنِ الْمَجْهُولِ.

وَلَو ادّعى كلَّهَا.. رَدَّ حِصَّةَ مَا يسْتَحقُّ وَلَو بَعْضَاً.

(**ومن ادعى حقاً مجهولاً في دار، فصولح على شيء، فاستحق بعضها**) أي: بعض الدار المصالح عنها، (**فلا رجوع عليه**) أي على من ادعى حقاً مجهولاً؛ لأن له أن يقول: دعواي في البعض الباقي وإن قل، لا في البعض المستحق، فما دام في يده شيء.. لم يرجع.

(**ولو استحق كلها**) أي: كل الدار.. (**ردّ كل العوض**) أي بدل الصلح؛ لأنه تحقق أنّ ما أخذه من العوض.. لم يملكه، فيرده.

(**وفهم منه**) أي: من القول المذكور؛ حيث قال: من ادعى حقاً مجهولاً (**صحة الصلح عن المجهول**) أي من الحق المجهول، لكنه على المجهول.

بل لا بد أن يكون على الشيء المعلوم على ما سيأتي في الصلح، وذلك؛ لأن الجهالة فيما تسقط لا تفضي إلى المنازعة.

وفهم منه: أن صحة الدعوى ليست بشرط لصحة الصلح؛ لأن دعوى الحق في الدار لا تصح للجهالة، ولهذا لا تقبل البينة على ذلك، إلا إذا ادعى إقرار المدّعى عليه بذلك.. فحينئذٍ تصح وتقبل البينة.

(**ولو**) كان (**ادعى كلها**) أي: كل الدار.. فصالح على مائة درهم مثلاً، ثم استحق جزء من الدار (.. **ردّ**) المدعي (**حصة ما يستحق**) من الدار، (**ولو**) وصلية أي: ولو كانت حصّة ما يستحق (**بعضاً**) من العوض المأخوذ؛ وذلك لأنه أخذ المائة بدلاً عن كل الدار، ولم تسلم كلها له، فتقسم المائة على الدار؛ لأن البدل ينقسم على أجزاء المبدل فيرد بحسابه؛ إذ التوفيق غير ممكن كما أمكن في المسألة السابقة.

أعني: إذا ادعى حقاً مجهولاً، وعلم منه أنه لو ادعى قدراً معلوماً من الدار كربعها، فصالح على شيء، ثم استحق.. لم يرجع عليه ما دام في يده ذلك المقدار - أي: الربع - وإن بقي أقل منه.. يرجع بحسابه على ما في «البحر».

قال في «العمادي»: اشترى داراً وبنى فيها، ثم استحق نصفها، ورد المشتري ما بقي بعيب الاستحقاق على البائع.. كان له أن يرجع بالثمن وبنصف قيمة البناء؛ لأنه مغرور في النصف.

ولو استحق منها نصفه المعين؛ فإن كان البناء في ذلك النصف المستحق خاصة.. رجع بقيمة البناء أيضاً، وإن كان البناء في النصف الذي لم يستحق.. كان له أن يرد البناء، ولا يرجع بشيء من قيمة البناء.

ثم قال نقلاً عن بيوع «الجامع»: اشترى داراً فاستحقت عرصتها ونقض البناء، فقال المشتري: أنا بنيتها وصرت مغروراً.. فله أن يرجع على البائع: وقال البائع: بعتها مبنية.. فالقول للبائع.

اشترى من [١١٩/أ] رجل نصف دار مشاعاً، ثم استحق نصفها قبل القسمة.. فالبيع على النصف الباقي.

ولو استحق بعد القسمة.. فالبيع على نصف الباقي، وهو الربع.

ثم ذكر نقلاً عن «فتاوى رشيد الدين»: المشتري إذا رجع على البائع بالثمن وبقيمة البناء.. فبائعه هل يرجع على بائعه بها؟

عند أبي حنيفة: لا يرجع إلّا بالثمن وحده.

وعندهما: يرجع بقيمة البناء أيضاً.

وكذلك المغرور إذا رجع بقيمة الولد على بائعه.. لا يرجع بائعه على بائعه بقيمة الولد عنده، خلافاً لهما.

ولو اشترى كرماً، فاستحق إنسان أصل الكرم دون الأشجار والقضبان

والحيطان، فلو أراد المشتري أن يرد الأشجار على البائع ويسترد جميع الثمن.. له ذلك؛ لأنه لو لم يرد.. يتضرر به؛ لأنه يؤمر بالقلع.

وقال في آخر استحقاق «البزازية»: اشترى فرساً مع السرج واستحقا.. رجع بكل الثمن، وإن استحق بلا سرج.. رجع بالحصة، وكذا لو ضاعت السرج.

وإن كان السرج قائماً وأراد المشتري رد السرج ليرجع بكل الثمن، وأبى البائع قبوله.. له ذلك.

وفي الكرم: لو استحق الكرم بلا أشجار. يرد الأشجار ويرجع بكل الثمن.

وفي «الفتاوى»: لا حصة للسرج من الثمن لأنه تبع، وعلى هذا: لا يكون للشجر حصة من الثمن، وكذا كل ما يكون تبعاً. انتهى كلام «البزازية».

أقول: الأشجار لا تكون لها حصة من الثمن، وتكون تبعاً لو لم يذكر في البيع، أو إذا لم يذكر لها ثمن على حدة، وأما إذا ذكر.. فلها حصة من الثمن، كما صرح به في استحقاق «القنية».

* * *

(فَصْلٌ فِي بَيْعِ الْفُضُولِيّ)

وَلِمَنْ بَاعَ فُضُولِيٌّ مِلْكَه.. أَن يفسخَه، ....

(فَصْلٌ في بَيْعِ الفُضُولِيّ)

(**ولمن باع فضوليٌّ مِلكَه**) بالنصب مفعول باع، والضمير راجع إلى «مَن»، وهذا شروع في بيان بيع الفضولي؛ لأنه صورة من صور الاستحقاق؛ لأن المستحِق يستحق ويقول: هذا ملكي، ومن باعه لك فإنما باعه بغير إذني.. فهو عين بيع الفضولي، فناسب ذكره في هذا الباب.

(**أن يفسخه**)، وقال الشافعي وأحمد في رواية عنهما: إن بيع الفضولي لا ينعقد؛ لأنه لم يصدر عن ولاية شرعية؛ لأنها بالملك أو بإذن المالك وقد فقدا.. فلا ينعقد.

ولنا: أنه تصرّف تمليك، وقد صدر من أهله ووقع في محله، فوجب القول بانعقاده عملاً بالمقتضي؛ إذ لا مانع عن عمله؛ إذ لا ضرر في ذلك لأحد من المالك والعاقدين:

أما المالك: فلأنه مخير بين الفسخ والإجازة، وله فيه منفعة كفاية مؤنة طلب المشتري.

وأما الفضولي: فلأن فيه صون كلامه عن الإلغاء.

وأما المشتري: فظاهر.

فثبت أن له القدرة الشرعية؛ تحصيلاً لهذه المنافع.

فإن قيل: القدرة الشرعية إما بالملك أو بالإذن، ولم يوجد.

أجيب: بأن الإذن ثابت دلالة؛ لأن العاقل يأذن في التصرف النافع.

فإن قيل: سلمنا وجود المقتضي [١١٩/ب]، لكن المانع ليس بمنحصر في الضرر، بل عدم الملك مانع شرعاً؛ لقوله ﷺ: «لا تبع ما ليس عندك»، وكذلك

العجز عن التسليم مانع؛ كبيع العبد الآبق والطير في الهواء لا يجوز، مع وجود الملك فيهما؛ للعجز عن التسليم، وفي الفضولي كلاهما موجودان.

أجيب عنه: بأن قوله ﷺ: «لا تبع» نهي عن البيع المطلق، فينصرف إلى الكامل وهو البيع البات، والقدرة على التسليم بعد الإجازة ثابتة، وفيه بحث؛ لأنه يقتضي في بيع الآبق أن يتم البيع بعد العود عن الإباق بلا حاجة إلى تجديد عقد؛ لثبوت القدرة على التسليم، مع أنهم ذكروا أنه لا يتم بعد العود، بل يحتاج في ظاهر الرواية إلى تجديد عقد لوقوعه باطلاً، هذا في بيع الفضولي.

وأما شراؤه.. ففيه تفصيل:

فإن قال الفضولي أولاً للمالك: بع هذا العين لفلان، فقال المالك: بعت، فقال الفضولي: اشتريت لأجله.

أو قال المالك أولاً: بعت هذا العين لفلان، وقال الفضولي: قبلت لأجله.. فهو على هذا الخلاف.

قيل: إنه يتوقف على إجازة فلان.

وقيل: إنه باطل لا يتوقف.

وفي «قاضي خان»: الصحيح: أنه باطل.

وإن قال الفضولي: اشتريت منك هذا العين لأجل فلان، فقال المالك: بعت، أو قال المالك: بعت منك هذا العين لأجل فلان، فقال المشتري: اشتريت.. لا يتوقف على إجازة فلان بالاتفاق؛ لأنه وجد نفاذاً على المشتري؛ حيث أضيف إليه ظاهراً.. فلا حاجة إلى الإيقاف على رضى الغير.

بخلاف البيع؛ فإنه لم يوجد نفاذاً على غير المالك، ولم ينفذ في حق المالك، فاحتيج إلى الإيقاف على رضى الغير.

وَله أَن يُجِيَزهُ بِشَرْط: بَقَاءِ الْعَاقِدين، والمعقودِ عَلَيْهِ، وَالْمَالِكِ الأَوَّلِ، ....

وفي «الخلاصة» نقلاً عن «الزيادات»: لو قال الفضولي: اشتريت هذا لفلان على أنه بالخيار ثلاثة أيام.. يتوقف؛ بخلاف الشراء لفلان بغير خيار.

(**وله**) أي: لمن باع فضولي ملكه، أعني: المالك (**أن يجيزه**)، أي: بيع الفضولي بالفعل أو بالقول؛ ومن الإجازة بالفعل: تسليم المبيع إلى المشتري، وكذا أخذه الثمن.

ومن الإجازة بالقول: طلب الثمن.

وأما قوله: أحسنت أو أصبت أو وفقت.. فليس بإجازة، وكذا قوله: كفيتني مؤنة البيع وأحسنت فجزاك الله خيراً.. ليس بإجازة، هكذا ذكره في «البزازية».

ثم نقل عن محمد: أن أحسنت أو أصبت.. إجازة، فصار الحكم على الروايتين.

وفي «المنتقى»: وقوله: بئس ما صنعت.. إجازة كقبض الثمن.

وفي «البحر»: لو وهب المالك بالثمن أو تصدق به على المشتري.. كان إجازة، ولو قال: أمسكها ما دمت حياً.. لا يكون إجازة؛ لأن الإمساك لا يدل على الرضا.

وذكر في «البزازية»: إن المالك إذا أجاز بيع الفضولي، صار الفضولي كالوكيل حتى صح حطه عن الثمن، علم المالك بالحط أو لم يعلم.

وأجاب صاحب «الهداية»: أنه إذا علم بالحط بعد الإجازة.. له [١٢٠/أ] الخيار، إن شاء.. رضي به وإن شاء.. فسخ.

واعلم: أنّ في قوله: «ولمن باع فضولي ملكه أن يفسخه وأن يجيزه»: إشارة إلى أن الفضولي ليس له ذلك، وإنما له الفسخ فقط قبل الإجازة؛ حيث أضاف الفسخ والإجازة إلى المالك.

(**بشرط بقاء العاقدين والمعقود عليه والمالك الأول**)؛ لأن إجازة المالك تصرّف في العقد، فلا بد من قيامه، حتى لو هلك المالك.. لا ينفذ بإجازة الوارث؛

وَكَذَا بَقَاءُ الثّمن إِنْ كَانَ عَرَضاً.

وَإِذا جَازَ.. فالثمنُ الْعَرَضُ: مِلْكٌ للفضوليِّ، وَعَلِيهِ مثلُ البيعِ لَو مثلِياً، وإِلّا.. فَقيمته.

وَغيرُ الْعرَضِ: ....

سواء كان الثمن ديناً أو عرضاً؛ لأنه توقف على إجازة المالك بنفسه.. فلا يجوز بإجازة غيره.

ولو أجاز المالك في حياته ولا يعلم حال المبيع.. جاز البيع في قول أبي يوسف أولاً، وهو قول محمد أيضاً استصحاباً، ثم رجع، وقال: لا يصح حتى يعلم قيامه.

ثم قيام العقد بقيام العاقدين والمعقود عليه؛ أي: المبيع، فشرط للإجازة قيام هذه الأربعة: المالك، والبائع، والمشتري، والمبيع.

ولا يشترط قيام الثمن إن كان الثمن غير العرض.

وإن كان من العرض.. يشترط قيام الثمن أيضاً على ما أشار إليه بقوله:

(وكذا) أي: وشرط للإجازة سوى الأمور الأربعة المذكورة: (**بقاء الثمن، إن كان**) الثمن (**عرضاً**) معيناً؛ لأن الإجازة اللاحقة تصير إجازة نقد، بأن ينقد البائع ما باع ثمناً لما ملكه بالعقد، لا إجازة عقد؛ لأن العقد حينئذٍ يصير لازماً على الفضولي؛ لحصوله نفاذاً عليه؛ لأنه مشتر من وجه؛ كما في البيع بالمقايضة، والعرض الثمن: مملوك له وعليه؛ مثل البيع للمالك إن كان مثلياً، وقيمته إن كان قيمياً، وذلك لا يكون إلّا ببقاء العرض نفسه؛ إذ لا تأثير لإجازة المالك حينئذٍ إلّا في النقد.

ولا يمكن النقد إلّا ببقاء العرض، وإلى هذا أشار بقوله: (**وإذا أجاز المالك.. فالثمن العرض ملك للفضولي**)؛ لنفوذ العقد عليه، (**وعليه مثل المبيع لو مثلياً، وإلّا**) أي: وإن لم يكن مثلياً (**.. فقيمته**) على ما ذكرناه.

(**وغير العرض**) عطف على قوله العرض، أي: والثمن الذي هو غير العرض -

مِلْكٌ للمجيز، أَمَانَةٌ فِي يَدِ الْفُضُولِيّ.

وللفضوليّ أن يفْسخَ قبلَ إِجَازَةِ الْمَالِكِ. ....

أعني: الثمن الذي كالدراهم والدنانير والفلوس والكيلي والوزني الموصوف بغير عينه - (**ملك للمجيز، أمانة في يد الفضولي**)؛ لأن الإجازة اللاحقة حينئذ ليست إجازة نقد؛ كما في الثمن العرض، بل إجازة عقد صارت؛ كالوكالة السابقة.. فيكون البائع بمنزلة الوكيل، فيصير الثمن أمانة في يده، مملوكاً للمالك.

ولو لم يجز المالك، وهلك الثمن في يد الفضولي.. اختلف المشايخ في رجوع المشتري عليه بمثله.

والأصح: أن المشتري إن علم أنه فضولي وقت الأداء.. لا رجوع له، وإلا.. رجع عليه، كذا في «البحر» نقلاً عن «القينة».

وذكر الزيلعي: أنه أمانة في يده.. فلا ضمان عليه إذا هلك، سواء هلك قبل الإجازة أو بعدها [١٢٠/ب].

واعلم: إن إجازة المالك إنما تنفذ حال قيام المبيع اسماً ووصفاً، على ما أشار إليه باشتراط بقاء المعقود عليه، ولهذا قال في «البزازية»: إذا إجازه بعد صبغ الثوب المشترى.. لا يجوز.

ولو باع أمة الغير بغير إذنه فولدت، ثم أجاز المالك البيع.. يصح؛ لبقاء المبيع، ويكون الولد مع الأمة للمشتري.

ولو انهدم الدار، ثم أجاز المالك البيع.. يصح؛ لبقاء العرصة كذا في «البحر».

(**وللفضولي أن يفسخ قبل إجازة المالك**)؛ لأن حقوق العقد ترجع إلى الفضولي بعد الإجازة؛ لأنه بالإجازة صار كالوكيل، فترجع الحقوق إليه، فيطالب بالتسليم ويخاصم بالعيب.. فله أن يتحرز عن التزام العهدة.

وكذا للمشتري فسخ البيع قبل الإجازة؛ تحرزاً عن لزوم العقد، على ما صرّح به في «البزازية».

بخلاف الفضولي في النكاح؛ فإن فسخه قبل الإجازة باطل؛ لأن الحقوق لا ترجع إليه بعد الإجازة، بل هو في باب النكاح معبّر محض؛ فإذا عبر.. فقد انتهى فصار هو بمنزلة الأجنبي.

ولو فسخت المرأة نكاحها قبل الإجازة.. انفسخ.

وفي «النهاية»: إن الفضولي يملك فسخه بالفعل، بأن زوج فضولي رجلاً امرأة برضاها، وقبل: أن أجازه الرجل زوجه بأختها.. فإن ذلك يكون فسخاً للنكاح الأول.

وفي «قاضي خان»: لا يكون فسخاً، ويتوقف الثاني أيضاً.

فظهر من هنا: أن لكل من المالك والفضولي والمشتري فسخ العقد، إلا أن الفضولي والمشتري يفسخه قبل إجازة المالك لا بعده، بقي الكلام في انفساخ العقد بالاستحقاق؛ ففي «العمادي» نقلاً عن «الذخيرة»: ما يجب اعتباره في فصل الاستحقاق: أن استحقاق المبيع على المشتري.. يوجب توقف العقد السابق على إجازة المستحق، ولا يوجب نقضه في ظاهر الرواية.

وذكر رشيد الدين فيه أقوالاً: أنّ البيع متى ينفسخ بالاستحقاق؟ قيل: إذا قبض المستحق، وقيل: ينفسخ بنفس القضاء، والصحيح: أنه لا ينفسخ ما لم يرجع المشتري على بائعه بالثمن؛ فإذا رجع.. ينفسخ، حتى لو أجاز المستحق بعدما قضي له أو بعدما قبضه، قبل أن يرجع المشتري على بائعه.. يصح.

وعن شمس الأئمة الحلواني: الصحيح من مذهب أصحابنا: أن القضاء للمستحق لا يكون فسخاً للبياعات كلها، ما لم يرجع كلّ واحد على بائعه بالقضاء.

ثم المبيع فضولاً إذا هلك قبل الإجازة والفسخ؛ فإن هلك قبل التسليم إلى المشتري.. بطل البيع، وإن هلك بعده.. لا يجوز بالإجازة، وللمالك أن يضمن أيهما شاء من البائع والمشتري، فأيهما اختار ضمانه.. برئ الآخر؛ لأن في التضمين تمليكاً منه؛ فإذا ملكه من أحدهما.. لا يمكنه تمليكه من الآخر؛ فإن اختار تضمين

وَصَحَّ إِعْتَاقُ المُشْتَرِي من الْغَاصِبِ إِذا أُجِيزَ البيعُ، خلافاً لمُحَمد.

المشتري.. بطل البيع؛ لأن أخذ القيمة كأخذ العين [١٢١/آ]، ويرجع المشتري بالثمن على البائع، لا بما ضمن.

وإن اختار تضمين البائع.. ينظر؛ إن كان قبض البائع مضموناً عليه.. نفذ بيعه بالضمان؛ لأن سبب ملكه تقدم عقده، وإن كان قبضه أمانة.. فإنما صار مضموناً عليه بالتسليم بعد البيع، فلا ينفذ بيعه بالضمان؛ لتأخر سبب ملكه عن العقد.

وذكر محمد في «ظاهر الرواية»: أنه يجوز البيع لتضمين البائع، ووجه: أنه سلم أولاً حتى صار مضموناً عليه، ثم باعه فصار كالمغصوب.

(**وصح إعتاق المشتري من الغاصب إذا أجيز البيع**) عند أبي حنيفة وأبي يوسف استحساناً.

(**خلافاً لمحمد**).

له: أنه لا عتق بدون الملك؛ لقوله ﷺ: «لا عتق فيما لا يملكه ابن آدم»، ولا ملك ههنا؛ لأن الموقوف لا يفيد الملك في الحال، وما ثبت بالآخرة.. ثبت مستنداً، والمستند ثابت من وجه دون وجه، وذلك لا يصحح العتق؛ لأن المصحح له هو الملك الكامل لإطلاق ما روينا، بخلاف إعتاق المكاتب.. فإن الملك فيه وإن لم يكن كاملاً، إلا أن إعتاقه نافذ؛ لأن الملك في محلّ العتق - وهو الرقبة - كامل فيه.

ولهما: أن الملك فيه ثبت موقوفاً، والإعتاق يجوز أن يثبت موقوفاً على ملك موقوف وينفذ بنفاذه؛ لوجود المقتضي - وهو التصرف - الشرعي، وانتفاء المانع وهو الضرر؛ فصار كإعتاق المشتري من الراهن بجامع كونه إعتاقاً في بيع موقوف، وكإعتاق الوارث عبداً من التركة المستغرقة بالديون.. فإنه يصح وينفذ إذا قضى الديون بعد ذلك؛ بجامع كونه إعتاقاً في ملك موقوف.

وفي «فتح القدير»: وهذه من المسائل التي جرت المحاورة بين أبي يوسف ومحمد حين عرض عليه هذا الكتاب أي «الجامع الصغير»، فقال أبو يوسف: ما

وَلَا يَصحُّ بَيْعه.

وَلَو قُطِعَتْ يَدُهَ عِنْدَ المُشْتَرِي فأُجيزَ البيعُ.. فأَرْشُهُ لَهُ، ....

رويت لك عن أبي حنيفة أن العتق جائز، وإثبات مذهب أبي حنيفة في صحة العتق بهذا لا يجوز؛ لتكذيب الأصل الفرع صريحاً، وأقل ما هنا: أن يكون في المسألة روايتان عن أبي حنيفة.

قال الحاكم الشهيد: قال أبو سليمان: هذه رواية محمد عن أبي يوسف، ونحن سمعنا من أبي يوسف أنه لا يجوز عتقه. انتهى.

(ولا يصح بيعه) يعني: أن المشتري من الغاصب إذا باع من الغير، ثم أجاز المالك بيع الغاصب.. لا يصح البيع الثاني بالاتفاق؛ لأن بالإجازة ثبت للغاصب ملك بات؛ فإذا طرأ البات على ملك موقوف لغيره.. أبطله؛ لعدم تصور اجتماع الملك البات والموقوف على محل واحد، ولا ينتقض: بأن الغاصب إذا باع ثم ادعى الضمان.. ينقلب بيعه جائزاً، وإن طرأ ملكه بأداء الضمان على الملك الموقوف للمشتري منه؛ لأن ثبوت الملك للغاصب لضرورة الضمان.. فلا يتعدى [١٢١/ب] إلى إبطال حق المشتري.

بخلاف ما إذا أعتق الغاصب، ثم أدى الضمان؛ فإنه لا يصح بالاتفاق؛ إذ لا عتق بدون الملك المصحح له لما روينا.

وبخلاف إعتاق المشتري والخيار للبائع، ثم أجاز البائع؛ فإنه لا ينفذ؛ لعدم الملك المصحح له.

وكذا لا ينفذ إعتاق المشتري من الغاصب إذا أدّى الضمان لما ذكرناه.

وفي رواية هلال: أن هذا يصح.

وفي «الهداية»: وهو الأصح.

(ولو قطعت يده عند المشتري) من الغاصب وأخذ المشتري أرشه (فأجيز البيع.. فأرشه له) أي للمشتري؛ لأن الملك بالإجازة قد تم للمشتري من وقت

وَيَتَصَدَّقُ بِمَا زَاد على نصفِ ثمنِهِ.

الشراء؛ لأن سبب الملك هو العقد وكان تاماً في نفسه، ولكن امتنع ثبوت الملك له لمانع حق المغصوب منه؛ فإذا ارتفع بالإجازة.. ثبت الملك من وقت السبب؛ لكون الإجازة انتهاء كالإذن ابتداء.. فتبين أن القطع حصل على ملكه، فيكون الأرش له.

وهذا يشبه تخصيص العلة والمخلص معروف.

فإن قيل: إنه إذا غصب عبداً فقطعت يده وضمنه الغاصب.. فإنه لا يملك الأرش وإن ملك المضمون.

وإن الفضولي إذا قال لامرأة: أمرك بيدك فطلقت نفسها، ثم بلغ الخبر الزوج فأجاز.. صح التفويض دون التطليق، وإن ثبت المالكية لها من حين التفويض حكماً للإجازة.

أجيب عن الأول: بأن الملك في المغصوب ثبت لضرورة الضمان، وهي تندفع بثبوته من وقت الأداء في حق الأرش، فلا يملكه؛ لعدم حصوله في ملكه.

وعن الثاني: بأن الأصل أن كل تصرف توقف حكمه على شيء.. يجب معلقاً بالشرط لا سبباً من وقت وجوده؛ لئلا يختلف الحكم عن السبب، إلا فيما لا يحتمل التعليق بالشرط كالبيع ونحوه.. فإنه يعتبر سبباً من وقت وجوده متأخراً حكمه إلى وقت الإجازة، فعند الإجازة: ثبت الملك من وقت العقد، والتفويض مما يحتمل التعليق، فجعل الموجود من الفضولي معلقاً بالإجازة، فعندها: يصير كأنه وجد الآن.. فلا يثبت حكمه إلا من وقت الإجازة.

(**ويتصدق**) أي المشتري (**بما زاد على نصف ثمنه**)؛ لأن أخذه الأرش إما قبل قبض العبد، أو بعد قبضه:

فإن كان الأول.. يكون الزائد على نصف الثمن ربح ما لم يضمن؛ لأن العبد قبل قبضه لم يدخل في ضمانه، فيطيب له قدر نصف الثمن لا ما زاد عليه؛ لأن أرش اليد الواحدة في العبد نصف القيمة، وما دخل في ضمان المشتري: هو ما كان في

وَمن اشْترى عبداً من غيرِ سَيّدِهِ، ثُمَّ أَقَامَ بَيّنَةً على إِقْرَارِ البَائِعِ أَو السَّيّدِ بِعَدَمِ الْأَمر، وَأَرَادَ ردَّهُ.. لَا تُقبَلُ بَينتهُ.

وَلَو أَقرّ البَائِعُ بذلكَ عِنْدَ القَاضِي.. فَلهُ ردُّهُ.

مقابلة الثمن، لا ما يقابل القيمة، فما زاد على نصف الثمن.. يكون ربح ما لم يضمن.

وإن كان الثاني.. يكون فيه شبهة عدم الملك؛ إذ لا ملك في الحقيقة وقت القطع، وإنما ثبت بطريق الاستناد بعد القطع، فكان ثابتاً من وجه دون وجه [١٢٢/أ].

(ومن اشترى عبداً من غير سيده)، فقال: للبائع: أنا أريد ردّ البيع لأنك بعتني بغير أمر صاحبه، وجحد البائع ذلك، (ثم أقام) المشتري (بينة على إقرار البائع أو السيد بعدم الأمر) ببيعه، (وأراد ردّه.. لا تقبل بينته)؛ لأن البينات تبتنى على صحة الدعوى، وقد بطلت دعواه للتناقض؛ لأن إقدامه على الشراء دليل على صحة الشراء، وأن البائع ملك المبيع، ثم دعواه بعد ذلك أنه باعه بغير أمر: دليل على عدم صحة الشراء، وأن البائع لم يملك، فتناقضا.. فبطلت دعواه.

(ولو أقر البائع بذلك) أي: أنه باعه بغير أمر سيده (عند القاضي.. فله ردّه) إن أراد؛ لأنه حينئذ بطل البيع إن طلب المشتري ذلك؛ لأن التناقض لا يمنع صحة الإقرار، حتى لو أنكر شيئاً، ثم أقرّ به.. صحّ إقراره، إلا أن الإقرار حجة قاصرة لا تنفذ في حق الغير؛ فإذا ساعده المشتري على ذلك.. تحقق الإتفاق بينهما، فجاز أن ينقض ويرد؛ ولهذا شرط طلب المشتري؛ كذا في «الجامع الصغير».

واستشكل بمسألة «الزيادات» وهي: رجل ادّعى على المشتري بأن ذلك العبد له، وصدّقه المشتري في ذلك، ثم أقام البينة على البائع أنه أقر بأنّ المبيع لهذا المستحق.. تقبل بينته، وإن تناقض في دعواه.

وأجيب في «الهداية»: ببيان الفرق بينهما؛ بأن العبد في مسألة «الجامع الصغير» في يد المشتري، فيكون المبيع سالماً له.. فلا يثبت له حق الرجوع بالثمن مع سلامة

المبيع له؛ لأن شرط الرجوع أيضاً في أن العبد في يد المشتري.. فلا فرق بينهما من هذا الوجه.

ولو سلم أنه في يد المستحق.. فلا يلزم قبول البينة؛ لبقاء التناقض المبطل للدعوى.

والأولى أن يقال: إن المشتري أقام البينة على إقرار البائع قبل البيع في مسألة «الجامع الصغير»، فلم تقبل للتناقض، وفي مسألة «الزيادات» أقام البينة على الإقرار بعد البيع.. فلا يلزم التناقض، فقبلت البينة.

قال في «النهاية»: ولم يتضح لي فيه شيء سوى هذا بعد أن تأملت فيه برهة من الزمان.

قال في «العناية»: وفيه نظر؛ لأن التوفيق في وضع «الجامع الصغير» ممكن؛ لجواز أن يكون المشتري أقدم على الشراء ولم يعلم بإقرار البائع بعدم الأمر، ثم ظهر له ذلك بأن قال عدول: سمعناه قبل البيع أقر بذلك، ويشهدون به، ومثل ذلك ليس بمانع كما تقدم.

والواضح في الفرق: ما ذكره صاحب «الهداية» على ما قررناه، وما قيل من أن التناقض المبطل للدعوى باق.. يجاب عنه: بأن المشتري غير متناقض من كل وجه؛ لأنه لا ينكر العقد أصلاً، ولا ملك الثمن للبايع؛ فإن بيع مال الغير منعقد، وبدل المستحق مملوك [١٢٢/ب]، وإنما ينكر وصف العقد وهو الصحة واللزوم بعد الإقرار به من حيث الظاهر، فكان متناقضاً من وجه - أي من حيث الظاهر - دون وجه أي من حيث الحقيقة، فجعلناه متناقضاً في مسألة «الجامع الصغير»؛ لأنه لا يفيد فائدة الرجوع بالثمن لسلامة المبيع له؛ إذ هو في يده، ولم نجعله متناقضاً في مسألة «الزيادات»؛ لأنه لا يفيد فائدة الرجوع بالثمن؛ لعدم سلامته؛ لكونه في يد غيره، وكان ذلك عملاً بالشبهين بقدر الإمكان، فصرنا إليه.

وَلَـو اشْـترى دَاراً مـن فُضُـولِيّ وأَدخلَهـا فِـي بنائِـهِ.. فَـلَا ضَـمَانَ علـى الْفُضُولِيّ خلافاً لمُحَمدٍ.

(ولو اشترى داراً من فضولي وأدخلها في بنائه.. فلا ضمان على الفضولي) عند أبي حنيفة وأبي يوسف (خلافاً لمحمد)، قال: إنه يضمن، وهو قول أبي يوسف أولاً، وهو مسألة غصب العقار، وسيأتي بيانه في بابه.

قال في «البحر»: والمراد بالدار: العرصة؛ بقرينة قوله: «أدخلها في بنائه».

قلت: لا حاجة إلى هذا التخصيص على ما يعرف بالتأمل.

* * *

(بَابُ السَّلَمِ)

هُوَ بيعُ آجلٍ بعاجلٍ.
وَيصِحُّ فِيمَا أمكنَ ضبطُ صفتِهِ، وَمَعْرِفَةُ قَدْرِهِ، لَا فِي غَيرِهِ.
فَيصحُّ فِي:
الْمكيلِ ....

(بَابُ السَّلَمِ)

لما فرغ من أنواع البيع التي لا يشترط فيها قبض العوضين أو أحدهما.. شرع في بيان ما يشترط فيه ذلك.

(هو) في اللغة: بمعنى السّلف، يقال: أسلمت إليه، بمعنى أسلفت.

وفي اصطلاح الفقهاء: (بيع آجل) معدوم في ملكه (بعاجل)، أشار إلى اشتراط قبض الثمن، حيث أدخل الباء على العاجل.

وله سبعة عشر شرطاً، ستة في رأس المال، وأحد عشر في المسلم فيه، على ما صرح به في «التاتارخانية» نقلاً عن السفاقصي، وسيأتي ذكرها.

وحكمه: ثبوت الملك للمسلم إليه في الثمن، ولرب السلم في المسلم فيه: الدين الكائن في الذمة.

وركنه: الإيجاب والقبول، بأن يقول ربّ السّلم للمسلم إليه: أسلمت إليك عشرة دراهم في كر حنطة أو أسلفت، فقال الآخر: قبلت.

ولو صدر الإيجاب عن المسلم إليه، والقبول من ربّ السّلم.. يجوز على ما في «العناية».

وجوازه ثابت بالكتاب والسنة، قال الله تعالى: ﴿يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُوٓاْ إِذَا تَدَايَنتُم بِدَيۡنٍ إِلَىٰٓ أَجَلٖ مُّسَمّٗى فَٱكۡتُبُوهُ﴾؛ ولأنه ﷺ نهى عن بيع ما ليس عند الإنسان، ورخّص في السّلم.

(ويصحّ فيما أمكن ضبط صفته ومعرفة قدره، لا في غيره.. فيصح في المكيل)

وَالْمَوْزُونِ سوى النَّقْدَيْنِ.

كيلاً (والموزون) وزناً؛ لقوله ﷺ فيما رواه البخاري: «من أسلم منكم.. فليسلم في كيل معلوم، ووزن معلوم، إلى أجل معلوم»، الأمر للوجوب، وينصرف إلى كونه معلوماً؛ بقرينة أن نفس السلم ليس بواجب، ووجوب الوصف يدل على جواز الموصوف، وهو المكيل والموزون.

ولو أسلم في المكيل وزناً أو بالعكس.. اختلفوا فيه:

ففي رواية الطحاوي عن أصحابنا: أنه يجوز.

وفي رواية الحسن عن أصحابنا: أنه لا يجوز.

والفتوى: على رواية الطحاوي على ما في «فتاوى القاضي الإمام»؛ لتعامل الناس، ولأن الكيل والوزن [١٢٣/أ] إنما شرطا في السلم لمعرفة المقدار لا لنفي الربا؛ لأنه لا يقابل بجنسه؛ لأن المؤدّى عين الواجب، ولو حكماً في باب السلم، فيكون بدلاً عن رأس المال، ولا ربا بينهما.

ثم المراد بالموزون: غير النقدين على ما أشار إليه بقوله: (سوى النقدين)؛ لأنهما أثمان دائماً؛ لأنهما خلقا للثمنية، والمسلم فيه لا يكون ثمناً، بل يكون مثمناً البتة، فلا يصح السلم فيها.

ثم اختلفوا؛ فقيل: يكون العقد باطلاً.

وقيل: ينعقد بيعاً بثمن مؤجل؛ تحصيلاً لمقصود العاقدين بقدر الإمكان، والاعتبار في العقود للمعاني.

ومحلّ الخلاف: فيما أسلم عروضاً في النقدين، حتى يكون بيع العروض بدراهم مؤجلة، بناء على أنهما قصدا مبادلة العروض بالدراهم، وأما إذا كان كلاهما من النقدين بأن أسلم عشرة دراهم بعشرة.. فلا يجوز بالاتفاق.

قالوا: الأصح: كونه باطلاً؛ لأن التصحيح إنما يجب في محل أوجبا العقد فيه، وهما أوجباه في المسلم فيه، وهو إذا كان من الأثمان.. لا يصح تصحيحه؛ لأنه لا

وَفِي العدديِّ المتقاربِ؛ كالجوزِ وَالْبيضِ عدداً وَكيلاً.

يكون مثمناً، وتصحيحه في العروض تصحيح في غير ما أوجباه فيه.. فلا يكون صحيحاً.

(و)يصح أيضاً (**في العددي المتقارب؛ كالجوز والبيض عدداً وكيلاً**)؛ لأنه معلوم، مضبوط الوصف، مقدور التسليم، فيلحق بمحل النص، أعني: المكيل والموزون.

واحترز بالمتقارب: عن العددي المتقارب، نحو: البطيخ والرمان؛ لأنه تتفاوت آحاده تفاوتاً فاحشاً.. فلا يجوز.

وقال زفر: لا يجوز في العددي المتقارب كيلاً؛ لأنه عددي لا كيلي، وعنه: أنه لا يجوز عدداً أيضاً؛ لوجود التقارب في الآحاد.

قلنا: إن المقدار مرة يعرف بالعدد، وأخرى بالكيل، فأمكن الضبط بهما، فيكون جائزاً، وكونه معدوداً باصطلاحهما.. فجاز إهداؤه، والاصطلاح على كونه كيلياً.

قال في «الخلاصة»: ولا يجوز السلم في الرمان والسفرجل، وكذا في كل عددي متفاوت، وتفسيره: ما نقل عن أبي يوسف: ما اختلف آحاده في القيمة واتفق أجناسه؛ كالبطيخ والسفرجل والقثاء ونحوها؛ لأنك ترى بطيخاً بدرهم وبطيخاً بدانق، وما اختلف أجناسه واتفق آحاده.. فهو عددي متقارب؛ كالجوز والبيض عدداً و نحوهما.

وترتفع الجهالة بذكر النوع والعدد؛ لأنك لا ترى بيضة تشترى بدالق، وتشترى الأخرى بفلس.

ولا بأس بالسلم في الجوز كيلاً بعد أن يكون بمكيال معروف.

والسلم في الجوز والبيض عدداً يجوز أيضاً، والصغير والكبير سواء، ويشترط بيان الصفة في ظاهر الرواية، وبيض الدجاج وسائر البيضات [١٢٣/ب] سواء. انتهى.

وَكَذَا الْفُلُوسُ، خلافاً لمُحَمد.

وَفِي اللَّبِنِ والآجرّ إِذا سُمّي مَلْبنٌ مَعْلُومٌ.

(**وكذا الفلوس**) أي: يجوز السلم فيها عدداً عند أبي حنيفة وأبي يوسف (**خلافاً لمحمد**)؛ لأنها أثمان.. فلا يجوز السلم فيها لما ذكرناه.

ولهما: أن الثمنية في حق المتعاقدين ثابتة باصطلاحهما؛ لعدم ولاية الغير عليهما، فلهما إبطالهما باصطلاحهما؛ فإذا بطلت الثمنية.. صارت مثمناً تتعين بالتعيين، فيجوز السلم فيه.

وقال بعض مشايخنا: جواز السلم في الفلوس اتفاقي، ولم يذكر في «الجامع الصغير» خلاف محمد أيضاً.. فلا بد له من بيان فرق لمحمد بين البيع والسلم؛ حيث لا يجوز البيع فيها عنده على ما مر، فالفرق: هو أن كون المسلم فيه مثمناً من ضرورات جواز السلم، فإقدامهما على السلم.. يدل على إبطال الاصطلاح في حقهما، فعاد مثمناً.

وليس من ضرورات جواز البيع كون المبيع مثمناً، فالإقدام على البيع لا يدل على إبطال الاصطلاح في حقهما، فبقي ثمناً كما كان، وفسد بيع الواحد بالاثنين عنده، كما تقدم ذكره.

(و)يصح (**في اللَّبِن**) بكسر الباء (**والآجر إذا سمي ملبن معلوم**)؛ لأن آحادهما لا تختلف اختلافاً يفضي إلى المنازعة بعد ذكر الآلة.

وهل يلزم ذكر العدد والمكان؟

ففي «الخلاصة»: ولا بأس بالسلم في اللبن والآجر إذا بين الملبن والمكان وذكر عدداً.

قال بعضهم: مكان الإيفاء، وهذا قول أبي حنيفة.

وقال بعضهم: المكان الذي يضرب فيه اللبن. انتهى.

وَفِي المَذروعِ كَالثَّوْبِ إِنْ بَين طولَهُ وَعرضَهُ ورقعتَهُ، وَفِي السّمكِ الْمليح وزناً ونوعاً معلومَينِ، وَكَذَا الطريُّ فِي حِينهِ فَقَط، وَلَا يجوزُ فيهمَا عدداً، وَلَا فِي الْحَيَوَانِ ....

(و)يصح (في المذروع كالثوب) والبسط والبواري؛ (إن بين طوله وعرضه ورقته)؛ أي: غلظه وثخانته؛ لأن بهذا البيان صار مضبوط الصفة ومعروف المقدار، وارتفعت الجهالة، فيكون ملحقاً بمورد النص، وهو المكيل والموزون.

وفي «الفتاوى الصغرى»: ذكر الطول والعرض شرط جواز السلم في المذروعات.

وهل يشترط ذكر الوزن في الحرير؟

ذكر الإمام السرخسي في نسخته: أنه شرط، وهكذا في «التجريد» و«المنتقى».

وقال في «الخلاصة»: بعد هذه المسألة: وأما السلم في الثوب إن أطلق ذكر الذراع.. فله ذراع وسط. قاله محمد.

والمعتبر في عرفنا: الذراع الخاقاني.

(و)يصح (في السمك المليح) أي: المملوح، وهو المقدد الذي فيه ملح (وزناً ونوعاً معلومين)؛ لأنه حينئذ يصير مضبوط الوصف والقدر مقدور التسليم؛ لعدم انقطاعه.

(وكذا الطري في حينه) أي: وقته، (فقط) وزناً؛ لأنه في غير وقته لا يجوز؛ لكونه غير مقدور التسليم، حتى لو كان في بلد لا ينقطع.. جاز.

(ولا يجوز فيهما) أي: في السمك المالح والطري (عدداً) للتفاوت.

وفي «البحر» عن «الإيضاح»: الصحيح: أن في الصغار من السمك يجوز السلم وزناً [١٢٤/أ] وكيلاً، وفي الكبار: روايتان.

(ولا في الحيوان)، موصوفاً كان أو مطلقاً.

وأَطرافِهِ، وَلَا فِي جلودِهِ عدداً، وَلَا فِي الْحَطبِ حُزَماً، والرَّطبةِ جرزاً، وَلَا فِي الْجَوَاهِرِ ....

وفي الأول: خلاف الشافعي؛ لأنه بالتوصيف يمكن ضبطه ببيان:

الجنس كالإبل.

والسن: كالجذع والثني.

والنوع: كالبخت والعراب.

والصفة: كالسمن والهزال.

قلنا: بعد ذكر هذه الأوصاف: يبقى تفاوت فاحش في المالية باعتبار المعاني الباطنة؛ لعدم إمكان ضبط باطنه، فقد يكون فرسان متساويان في الأوصاف المذكورة ويزيد ثمن أحدهما زيادة فاحشة للمعاني الباطنة، فيفضي إلى المنازعة.

فإن قيل: قد صح على شرط مسلم، عن عبد الله بن عمر: أن النبي ﷺ أمر عمرو بن العاص أن يشتري بعيراً ببعيرين في تجهيز الجيش إلى أجل معلوم، وأنه ﷺ استقرض بَكراً وقضاه رباعياً، والسلم أقرب إلى الجواز من الاستقراض.

أجيب عن الأول: بأنه قبل نزول آية الربا، أو كان في دار الحرب، ولا ربا فيه بين الحربي والمسلم، وتجهيز الجيش وإن كان في دار الإسلام.. فنقل الآلات المهمة في تجهيز الإسلام.. كان من دار الحرب؛ لعزتها في دار الإسلام يومئذ.

وعن الثاني: بأن القرض لم يكن ثابتاً في ذمة رسول الله ﷺ، بدليل: أنه ﷺ قضاه من إبل الصدقة، والصدقة حرام عليه.. فكيف يجوز أن يفعل ذلك؟!

(و) لا في (أطرافه) كالرؤوس والآكار؛ لأنها عددي تتفاوت، ولا مقدر له.

(**ولا في جلوده عدداً**)؛ لتفاوتها صغراً وكبراً.

(**ولا في الحطب حزماً، والرطبة جرزاً، ولا في الجواهر**).

قوله: «عدداً» قيد لكل من الأطراف والجلود، وليس باحتراز عن الوزن، بل هو بيان أنهما عددي، فعلم منه عدم جوازهما، وهو المروي عن محمد.

والخَرَزِ، وَلَا فِي اللَّحْم طريّاً.

وَقَالا: يَصحُّ إِذا وُصِفَ مَوضِعٌ مَعْلُومٌ مِنْهُ بِصفةٍ مَعْلُومَةٍ.

وَلَا يجوزُ السَّلَمُ بكيلٍ أَو ذِرَاعٍ معيّنٍ لَا يدْرِي قدَره حَالاً، وَلَا فِي طَعَامِ قَرْيَةٍ أَو تمرِ نَخْلَةٍ مُعينَةٍ، وَلَا فِيمَا لَا يَبْقى من حِينِ العقدِ إِلَى حِينِ الْمحلّ.

وَشَرطُه: بَيَانُ الْجِنْسِ كبُرّ أَو شعيرٍ.

وَالنَّوْعِ كسقيّةٍ أَو بخسيةٍ.

وفي «الخانية» و«الكافي»: وعليه: الفتوى، وذلك لأن ما دونه عاجل، فلا يناسب الترفيه التي شرع السلم لأجلها.

وروى الطحاوي: إن أقله ثلاثة أيام؛ اعتباراً بشرط الخيار.

(**والخرز. ولا في اللحم طرياً.**

وقالا: يصح إذا وصف موضع معلوم منه بصفة معلومة).

وقيل: أكثر من نصف يوم؛ لأن المعجل ما كان مضبوطاً في المجلس، والمؤجل ما يتأخر قبضه عن المجلس.

وفي «السراجية»: وأدنى مدّة الأجل: ما يمكن تحصيل المسلم فيه، وهو المختار.

[(**ولا يجوز السلم بكيل أو ذراع معين لا يدري قدره حالاً.**

ولا في طعام قرية أو تمر نخلة معينة.

ولا فيما لا يبقى من حين العقد إلى حين المحل.

وشرطه:

- **بيان الجنس**: كبر أو شعير.
- **والنوع**: كسقية أو بخسية.

وَالصِّفةِ كجيّدٍ أَو رَدِيءٍ.

وَالْقدْرِ نَحْوِ كَذَا رطلاً أَو كَيْلاً بِمَا لَا ينقبض، وَلَا ينبسط.

وَأجلٍ مَعْلُومٍ أَقَلُّه شهرٌ فِي الْأَصَحِ.

وَقدرِ رَأسِ المَال إِنْ كَانَ كيلياً أَو وزنياً أَو عددياً..

فَلَا يجوزُ فِي جِنْسَيْنِ بِلَا بَيَانِ رَأسِ مَالِ كلِّ مِنْهُمَا، وَلَا بنقدينِ بِلَا بَيَانِ حِصَّةِ كلِّ مِنْهُمَا من الْمُسلَم فِيهِ.

وَمَكَانِ إِيفائِهِ إِنْ كَانَ لَهُ حَملٌ وَمؤنَةٌ.

- **والصفة: كجيد أو رديء.**
- **والقدر: نحو كذا رطلاً أو كيلاً بما لا ينقبض ولا ينبسط.**

وأجل معلوم: أقله شهر في الأصح)][1].

(و) بيان (**قدر رأس المال إن كان رأس المال كيلياً، أو وزنياً، أو عددياً**) متقارباً؛ لأن العقد حينئذ يتعلق بمقداره، بخلاف ما إذا لم يتعلق العقد بمقداره كالثوب.. فلا يشترط بيان القدر، ويكتفى بالإشارة والتعيين بالاتفاق.

(**فلا يجوز**) السلم عند أبي حنيفة (**في جنسين بلا بيان رأس مال كل منهما**)، بأن أسلم مائة درهم في كر حنطة وكر شعير، ولم يبين حصّة كل من الحنطة والشعير من رأس المال مائة درهم؛ لأنه ينقسم عليهما [١٢٤/ب] باعتبار القيمة، ولا يعرف ذلك إلّا بالتقدير، وإذا لم يقدر.. لا يكون حصّة كل منهما معلوماً.. فلا يجوز.

(**ولا بنقدين بلا بيان حصة كل منهما من المسلم فيه**)، بأن أسلم دراهم ودنانير في مقدار معلوم من الحنطة، ولم يبين حصة كل منهما من الحنطة، وإذا لم يعلم حصتهما منهما.. لم يكن رأس المال معلوماً.

(و) بيان (**مكان إيفائه إن كان له حمل**): بفتح الحاء (**ومؤونة**) أي: له نقل يحتاج

---

(١) ساقط من المخطوط، وهو من «المجمع» (٢/٩٩)، ومخطوط متن الملتقى (ص ٨٤). نسخة مكتبة الملك فيصل، و(٢٨٢) نسخة تركيا مكتبة خاصة..

وَعِنْدَهُمَا: لَا يشْتَرطُ معرفَةُ قدرِ رَأسِ المَالِ إِذا كَانَ معيّناً، وَلَا مَكَانُ الْإِيفَاء، ويوفيه فِي مَكَانِ عقدِهِ، ....

في حمله إلى ظهر أو أجرة حمّال.

وهذا أن الأخيران شرطان عند أبي حنيفة، وهو المروي عن ابن عمر.

(وعندهما: **لا يشترط معرفة قدر رأس المال إذا كان معيناً**)؛ لأنه حينئذ صار معلوماً بالإشارة، فلا حاجة إلى إعلام قدره؛ كما إذا جعل واحد من المكيل أو الموزون أو العددي المتقارب ثمن المبيع، أو أجرة في الإجارة، وأشير إليهما.. جاز وإن لم يعرف مقدارهما؛ فكذا ينبغي أن يكتفى بالإشارة في رأس المال، بجامع كونهما بدلاً، وصار كما إذا كان رأس المال ثوباً.. فإن الإشارة فيه تكفي اتفاقاً، وإن لم يعرف ذرعانه لما ذكرناه.

ولأبي حنيفة: إنه ربما يوجد بعضها زيوفاً، ولا يستبدل في المجلس، فلو لم يعلم قدره.. لا يدري في كم بقي، يعني: إن جهالة قدر رأس المال.. تستلزم جهالة المسلم فيه؛ لأن المسلم إليه ينفق رأس المال شيئاً فشيئاً، وربما يجد بعض ذلك زيوفاً، ولا يستبدل في مجلس الرد.. فيبطل العقد بقدر ما ردّه.

فإذا لم يكن مقدار رأس المال معلوماً.. لا يعلم في كم انتقص السلم، وفي كم بقي، وجهالة المسلم فيه مفسدة بالاتفاق، فكذا ما يستلزمها، ولأن المسلم إليه قد يعجز عن تسليم المسلم فيه، وليس لرب السلم حينئذ إلا رأس ماله، وإذا كان مجهول القدر.. تعذر ذلك، وهذا وإن كان موهوماً، لكن الموهوم في هذا العقد كالمتحقق؛ لشرعه مع المنافي، إذ القياس ينافيه.

(ولا يشترط) عندهما أيضاً (**مكان الإيفاء، ويوفيه في مكان عقده**)؛ إذ لا يزاحمه مكان آخر؛ لعدم ما يوجبه، فيتعين هو؛ لأن العقد الموجب للإيفاء وجد فيه، وصار كالقرض والغصب في تعيين مكانهما للتسليم.

ولأبي حنيفة: أن السلم لا يجب فيه التسليم في الحال؛ لاشتراط الأجل فيه بالاتفاق.. فلا يتعين مكان العقد فيه للتسليم.

بخلاف القرض والغصب؛ فإن تسليمهما يستحق بنفس الالتزام؛ لعدم الأجل فيهما، فيتعين موضعه، وإذا ثبت أن مكان العقد لم يتعين للإيفاء.. بقي مكان الإيفاء مجهولاً يفضي إلى المنازعة؛ لأن قيم الأشياء تختلف باختلاف المكان، فصار كجهالة الصفة.. فلا بد من البيان.

واختلفوا في الاختلاف في المكان، هل يوجب التحالف أو لا؟

قيل: إنه يوجب عنده؛ بناء على ما مر [١٢٥/أ]: أن الجهالة في المكان كالجهالة في الصفة، فصار الاختلاف فيه كالاختلاف في الجودة والرداءة في أحد البدلين.

وقيل: لا يوجب عنده، بل القول للمسلم إليه.

وعندهما: يوجب؛ لأن تعيين المكان من مقتضى العقد عندهما، فكان الاختلاف فيه كالاختلاف في نفس العقد.

وعنده: لما لم يكن من مقتضاه.. صار بمنزلة الأجل؛ والاختلاف فيه لا يوجب التحالف.

واعلم: أن الاختلاف في الأجل في السلم.. لا يخلو من ثلاثة أوجه:

إما أن اختلفا في أصل الأجل بأن قال أحدهما: كان بأجل، وقال الآخر بغير أجل.

أو اختلفا في مقدار الأجل بأن قال ربّ السلم: كان الأجل شهراً، وقال المسلم إليه: لا، بل شهرين.

أو اختلفا في المضي بأن قال رب السلم: كان الأجل شهراً وقد مضى، وقال المسلم إليه: لم يمض بعد، وإنما أسلمت إلى الساعة.

فإن اختلفا في أصل الأجل.. فهو على وجهين؛ إما أن يكون مدّعي الأجل الطالب، أو المطلوب.

وَمثلُهُ الثّمنُ وَالْأُجْرَةُ وَالْقِسْمَةُ، ....

فإذا كان مدّعى الأجل هو الطالب والمطلوب ينكر ولم تقم لهما بينة.. فالقياس: أن يكون القول قول المطلوب مع يمينه، وفي الاستحسان: يكون القول قول الطالب مع يمينه، هذا إذا كان طالب الأجل هو المدّعي.

وأما إذا كان المطلوب هو مدعي الأجل؛ قال أبو حنيفة: إن القول قوله استحساناً.

وقال أبو يوسف ومحمد: إن القول قول الطالب، هذا إذا لم يقم لأحدهما بينة.

وإن قامت لأحدهما بينة.. قبلت، وإن أقاما البينة.. فبينة مدّعى الأجل أولى، هذا إذا اختلفا في أصل الأجل.

وإن اختلفا في مقدار الأجل؛ إن لم يقم لأحدهما بينة.. فالقول قول الطالب مع يمينه، ولا يتحالفان عند علمائنا الثلاث.

وقال زفر: يتحالفان، هذا إذا لم يقم لأحدهما بينة؛ فإن قامت لأحدهما بينة.. يقضي ببينته، وإن أقاما جميعاً.. فالبينة بينة المطلوب.

وإن اختلفا في المضي؛ إن لم يقم لأحدهما بينة.. فالقول قول المطلوب أنه لم يمض، وإن قامت لأحدهما بينة.. تقبل بينته، وإن أقاما جميعاً.. فالبينة بينة المطلوب، كذا في «التاتارخانية».

وقال في «الوجيز»: إذا اختلفا في قدر المسلم فيه، أو جنسه، أو وصفه، أو ذرعانه، أو اختلفا في رأس المال كذلك.. تحالفا وترادا.

وإن أقام أحدهما البينة.. قضي له، وإن أقاما البينة.. قضي لرب السلم.

ولو اختلفا في رأس المال وأقاما البينة.. قضي للمسلم إليه.

(ومثله) أي مثل الاختلاف في مكان الإيفاء في السلم: **(الاختلاف في)** اشتراط بيان مكان الإيفاء **(الثمن والأجرة والقسمة)**.

صورتها: اشترى شيئاً بمكيل أو موزون موصوف في الذمة [١٢٥/ب] يشترط

وَمَا لَا حِملَ لَهُ.. يُوفيه حَيْثُ شَاءَ فِي الْأَصَح، اتِّفَاقًا.

بيان مكان الإيفاء عنده، وعندهما: لا، ويتعين مكان العقد.

وقيل: لا يشترط بالاتفاق. والأول أصح.

ما اختاره شمس الأئمة: استأجر داراً أو دابة بمكيل أو موزون موصوف في الذمة.. يشترط بيان مكان الإيفاء عنده، وعندهما: لا.

ويتعين في إجارة الدار مكانها، وفي إجارة الدابة: مكان تسليمها.

اقتسما داراً وأخذ أحدهما أكثر من نصيبه، والتزم في مقابلة الزائد مكيلاً أو موزوناً موصوفاً في الذمة؛ يشترط عنده مكان الإيفاء، وعندهما: لا، ويتعين مكان القسمة.

(وما لا حمل له) وهو ما يقابل ما له حمل على ما ذكرناه.

وقيل: هو الذي لو إنساناً يحمله إلى مجلس القضاء.. حمله مجاناً.

وقيل: هو ما يمكن رفعه بيد واحدة.

(يوفيه حيث شاء في الأصح اتفاقاً).

يعني: اتفقوا على أن بيان مكان الإيفاء ليس بشرط فيه؛ لصحة ما أسلم؛ لاستواء الأماكن كلها فيه؛ لعدم اختلاف المالية باختلافها؛ لعدم الاحتياج إلى مؤنة الحمل.

واختلفت الرواية في أنه هل يتعين مكان العقد للإيفاء أو لا يتعين فيما إذا لم يبينا مكاناً للإيفاء؟

ففي رواية «الجامع الصغير»: يتعين؛ لأنه موضع الالتزام، فيرجح على غيره.

وفي رواية كتاب الإجارات: يوفيه في أي مكان شاء.

قالوا: وهو الأصح؛ لما ذكرناه من عدم اختلاف المالية.

وإن بيّنا مكاناً للإيفاء.. تعين ذلك له؛ لأنه قد يفيد أمن خطر الطريق فيعتبر.

وَقبضُ رَأسِ المَالِ قبلَ التَّفَرُّقِ شَرطُ بَقَائِهِ، ....

وعن أبي حنيفة: أنه لا يتعين أصلاً؛ بينا أو لم يبينا؛ لعدم اختلاف المالية.

(**وقبض رأس المال**) سواء أكان من النقود أو من العروض التي تقبل التعيين (**قبل التفرق**) أي: بدناً لا مكاناً، حتى لو مشيا فرسخاً إلى جهة واحدة قبل القبض.. لم يفسد العقد ما لم يتفرقا بدناً من غير قبض، بخلاف خيار المخيرة؛ حيث يبطل خيارها لو مشت مع زوجها، ولو إلى جهة واحدة؛ لوجود الإعراض عنها.

(**شرط بقائه**) أي: صحيحاً بعد وقوعه صحيحاً:

أما إذا كان من النقود؛ فلأنه افترقا عن دين بدين؛ لأنها لا تتعين في العقود، فتصير ديناً في الذمة، وقد نهى النبي ﷺ عن بيع الكالي بالكالي.

وأما إذا كان من العروض.. فلأن السلم أخذ عاجل بآجل على ما أنبأ عنه معنى السلف، والسلم والمسلم فيه أجل، فوجب أن يكون رأس المال عاجلاً؛ ليكون الحكم ثابتاً على ما يقتضيه اسمه لغة؛ كالصرف والحوالة والكفالة، فإنها عقود تثبت أحكامها بمقتضيات أساميها لغة.

ولهذا قالوا: يبطل السلم بخيار الشرط لهما أو لأحدهما؛ لأنه يمنع تمام القبض؛ لكونه مانعاً من الانعقاد في حق الحكم، والقبض يبتنى عليه.

ولا يثبت في المسلم فيه خيار الرؤية [١٢٦/أ] أيضاً؛ لعدم فائدته؛ لأن فائدته: الفسخ عند الرؤية، والمسلم فيه: دين في الذمة، وما أخذه: غيره؛ فلو ردّ ما في ذمته بحكم خيار الرؤية.. أعطاه غير الواجب؛ لكونه لا يتعين، فلا يفيد.

بخلاف خيار العيب والرؤية في رأس المال؛ حيث يثبتان فيه إذا كان ما يتعين بالتعيين؛ لأنهما يفيدان الفسخ بالرؤية؛ لأن خيار العيب لا يمنع تمام الصفقة في القبض.

واعلم: أن هذا آخر الشروط التي ذكرها المصنف.

وجملة الشروط المعتبرة في السلم على ما ذكره في «التاتار خانية» نقلاً عن السقناني: سبعة عشر، ست منها معتبرة في رأس المال، وأحد عشر معتبرة في المسلم فيه.

أما الستة المعتبرة في رأس المال:

أحدها: بيان جنسه، أنه دراهم أو دنانير، أو البر أو الشعير، أو نحوها.

وثانيها: بيان نوعه، أنه دراهم غطريفية أو عدلية أو دنانير محمودية أو مصرية أو هندية أو قسطنطنية، أو بر وشعير، سقية أو بخسية، لكن هذا إذا كان في البلد نقود مختلفة، وإلا.. فلا حاجة إلى بيان نوعه، بل يكفي بيان جنسه.

وثالثها: بيان صفته، أنه جيد أو رديء أو وسط.

ورابعها: إعلام قدر رأس المال.

وخامسها: كون الدراهم والدنانير منقدة، وهذا شرط الجواز أيضاً عند أبي حنيفة مع إعلام قدره.

وسادسها: قبض رأس المال في المجلس قبل الافتراق على ما تقدم بيانه.

وأما المعتبرة في المسلم فيه.. فهو أحد عشر:

أحدها: بيان جنس المسلم فيه، أنه حنطة أو شعير، أو سمن أو زبيب.

وثانيها: بيان نوعه.

وثالثها: بيان صفته.

ورابعها: إعلام قدر المسلم فيه على ما في رأس المال.

وخامسها: أن لا يشتمل البدلين أحد وصفي علة الربا، وهو القدر والجنس.

وسادسها: أن يكون المسلم فيه مما يتعين بالتعيين.

وسابعها: الأجل في المسلم فيه.

فَلَو أسلم مائَة نَقْداً وَمِائَةً ديناً على الْمُسلَم إِلَيْهِ فِي كُرٍّ.. بَطلَ فِي حِصَّةِ الدّينِ فَقَط.

وَلَا يجوزُ التَّصَرُّفُ فِي رَأسِ المَالِ أَو الْمُسلَم فِيهِ قبل قبضِهِ بشركةٍ أَو تَوْلِيَةٍ، ....

وثامنها: أن يكون العقد باتاً لا خيار فيه على ما تقدم ذكره.

وتاسعها: أن لا يتصرف فيه قبل القبض في المجلس، كما هو شرط في رأس المال.

وعاشرها: بيان مكان الإيفاء.

والحادي عشر: أن يكون المسلم فيه مما يضبط وصفه.

وهذه الشروط كلها مذكورة في الكتاب أيضاً.

(**فلو أسلم مائة نقداً ومائة ديناً على المسلم إليه في كر**) حنطة أو شعير مثلاً (**.. بطل في حصة الدين فقط**)؛ كفوات القبض في حصته؛ سواء أطلق المائتين ابتداء، أو أضاف أحدهما إلى الدين.

ويجوز في حصة النقد؛ لوجود قبض رأس المال في المجلس بقدره، ولا يشيع الفساد؛ لأنه طارىء؛ إذ السلم وقع صحيحاً في الكل، حتى لو نقد مائتين قبل الافتراق.. صح الكل؛ لأن الدين لا يتعين [١٢٦/ب] في العقد، والبطلان الطارئ لا يشيع.

ولذا قال في «قاضي خان»: ولو أسلم إلى رجل ديناً له عليه وافترقا قبل النقد.. لا يجوز، وإن نقد قبل الافتراق.. يجوز. انتهى.

قيد بالدين على المسلم إليه؛ لأن الدين على غيره يوجب شيوع الفساد؛ لأنها ليست بمال في حقهما.

(**ولا يجوز التصرف في رأس المال أو المسلم فيه قبل قبضه بشركة أو تولية**) أو هبة أو وصية أو مرابحة أو بيع:

وَلَا شِرَاءِ شَيْءٍ من الْمُسلَم إِلَيْهِ بِرَأْسِ المَالِ بعدَ التقايل قبلَ قَبضِهِ.

وَلَو اشْترى كُرّاً وَأمرَ ربّ السّلمِ بِقَبْضِهِ قَضَاءً لا يَصحُّ.

أما في رأس المال.. فلأنه مستحق القبض في المجلس، والتصرف فيه قبل قبضه ينافيه.

وأما في المسلم فيه.. فلأنه مبيع، والتصرف في المبيع المنقول قبل قبضه لا يجوز، ولا بأس به بعد القبض.

(**ولا**) يجوز لرب السلم (**شراء شيء من المسلم إليه برأس المال بعد التقايل قبل قبضه**) أي: قبض رأس المال بتمامه.

صورته: أسلم، ثم تقايلا، فأراد ربّ السلم أن يشتري شيئاً من المسلم إليه برأس مال السلم.. لم يجز له ذلك قبل أن يقبضه كله؛ لقوله ﷺ «لا تأخذ إلا بسلمك أو رأس مالك»؛ أي: حال قيام العقد أو عند الفسخ، ولأنه حينئذ أخذ شبهاً بالمبيع؛ لأن الإقالة بيع في حق ثالث وهو الشرع ههنا، والبيع يقتضي وجود المعقود عليه، والمسلم فيه لا يصلح لذلك لسقوطه بالإقالة.. فلا بد من جعل رأس المال مبيعاً ليرد عليه عقد الإقالة، والمبيع مطلقاً حقيقة أو شبهاً لها لا يجوز التصرف فيه قبل القبض.

(**ولو اشترى**) المسلم إليه من رجل حين حلّ أجل السّلم (**كراً وأمر رب السلم بقبضه قضاء**) لحقه أي: المسلم فيه (.. **لا يصح**) أي: لم يكن قبضه هذا قضاء لحقه، حتى لو هلك المقبوض في يد ربّ السلم.. كان من مال المسلم إليه؛ لأنه اجتمع فيه صفقتان، كلاهما بشرط الكيل:

إحداهما: بين المسلم إليه وبين بائعه.

والأخرى: بين المسلم إليه وبين رب السلم.

فلا بد من الكيل مرتين؛ لما روينا أن النبي ﷺ نهى عن بيع الطعام حتى يجري فيه الصاعان؛ صاع البائع وصاع المشتري، ومحله: ما يجتمع فيه الصفقتان، ولما لم

وَلَو أَمر مقرضَه بذلك.. صَحَّ.

وَكَذَا لَو أَمَرَ ربُّ سلَمِه بِقَبْضِهِ لَهُ ثمَّ لنَفسِهِ، فاكتالَهُ لأجلِ الْمُسلَمِ إِلَيْهِ ثمَّ لنَفسِهِ.. صَحَّ.

وَلَو اكتال الْمُسلَمُ إِلَيْهِ فِي ظَرْفِ ربِّ السّلمِ بِأَمْره وَهُوَ غَائِب.. لَا يكونُ

يوجد الكيلان.. لم يصح القبض.

فإن قيل: إن بيع المسلم إليه مع ربّ السلم كان سابقاً على شري المسلم إليه من بائعه، فلا يكون المسلم إليه بائعاً بعد الشراء، فلم تتحقق الصفقة الثانية حتى يدخل تحت هذا النهي.

قلنا: سلّمناه، لكن قبض المسلم فيه لاحق، فيتأخر، وقبض المسلم فيه بمنزلة ابتداء البيع؛ لأنه دين في ذمة المسلم إليه، والمقبوض عين، والعين غير الدين حقيقة، وإن جعل عينه في حق حرمة الاستبدال قبل القبض خاصة فيتحقق البيع بعد الشراء بشرط الكيل، فاجتمع الصفقتان.. فلا بد من تكرار الكيل.

(**ولو أمر**) أي: المستقرض (**مقرضه بذلك**) أي [١٢٧/أ]: بقبض الكر الذي اشتراه المستقرض من رجل، فقبضه المقرض من رجل (.. **صح**) قبضه وصار مستوفياً حقه بلا تجديد كيل؛ لأن القرض إعارة، فيكون المردود عين المقبوض تقديراً؛ أي: عين حقه، فلم يكن استبدالاً، فلا يجتمع فيه الصفقتان، فلا يلزم تكرار الكيل.

وكذا لو استقرض المسلم إليه من رجل، وأمر رب السلم بقبضه.. يكتفى فيه بكيل واحد على ما في «العناية».

(**وكذا لو أمر**) المسلم إليه (**رب سلمه بقبضه**) أي: بقبض ما شراه من رجل (**له**) أي: للمسلم إليه (**ثم لنفسه**) أي: لرب السلم (**فاكتاله**) رب السلم (**لأجل المسلم إليه، ثم**) اكتاله (**لنفسه.. صح**) قبضه لنفسه، ويكون مستوفياً حقه لوجود الكيلين.

(**ولو اكتال المسلم إليه في ظرف ربّ السلم بأمره**) أي: بأمر رب السلم (**وهو**) أي: رب السلم (**غائب.. لا يكون**) كيل المسلم إليه في ظرف رب السلم بأمره في

قبضاً.

وَلَو اكتالَ البَائِعُ كَذَلِك.. كَانَ قبضاً.

بِخِلَاف مَا لَو اكتالَه فِي ظَرْف نَفسِهِ أَو فِي نَاحيَةِ بَيتِهِ.

وَلَو اكتالَ الدّينَ الْعينَ وَفِي ظَرْفِ المُشْتَرِي؛ إِن بَدَأَ بِالْعينِ.. كَانَ قبضاً، وإِنْ بَدَأَ بِالدَّينِ.. فَلَا.

غيبته (قبضاً) للمسلم فيه، حتى من مال المسلم إليه؛ لأن الأمر بالكيل لم يصادف ملك الآمر؛ لأن حقه في الدين لا في العين.. فلا يصح الأمر، وصار المسلم إليه مستعيراً للظرف من رب السلم، فصار كما لو كان عليه دراهم دين، فدفع الدائن إليه كيساً ليزنها فيه؛ حيث لم يصر قابضاً.

(**ولو اكتال البائع كذلك**) أي: لو اشترى من رجل حنطة مثلاً بعينها ودفع ظرفه إلى البائع وأمره بأن يكتال الحنطة المشترية منه في ذلك الظرف، واكتاله البائع في ظرفه والمشتري غائب (.. **كان**) وقوعه في ظرفه (**قبضاً**)؛ لأنه ملكه بالشراء لا محالة.. فصح الأمر باكتياله؛ لمصادفته ملكه، فصار البائع وكيلاً عنه في إمساك ظرفه، فيكون الظرف في يد المشتري حكماً، فكذا ما وقع فيه من الحنطة، حتى لو هلك.. هلك من ملك المشتري، فاكتفي فيه بكيل واحد على الصحيح.

(**بخلاف ما لو اكتاله**) البائع بأمر المشتري (**في ظرف نفسه**) أي: نفس البائع (**أو ناحية بيته**)؛ فإنه لم يصر المشتري بهذا الكيل قابضاً؛ لأنه استعار من البائع ظرفه ولم يقبضه، فلا يعتبر الظرف في يد المشتري؛ لأن الاستعارة تبرع لا تتم بدون القبض، فكذا ما وقع فيه، وكذا الحال في ناحية بيته.

(**ولو اكتال**) البائع (**الدين**) المسلم فيه (**والعين**) المشترية (**في ظرف المشتري**) بأمره (**إن بدأ**) البائع (**بالعين.. كان**) ذلك (**قبضاً**).

(**وإن بدأ بالدين.. فلا**).

وَعِنْدَهُمَا: صَحَّ قبضُ الْعينِ؛ فَإِن شَاءَ.. رَضِيَ بِالشّركَةِ، وَإِن شَاءَ.. فسخَ البيعَ.

وَلَو أسلمَ أمةً فِي كرٍّ وقُبِضَتْ ثمَّ تَقَايلا فَمَاتَتْ قبلَ ردِّهَا.. بَقِي التقايلُ، وَتجبُ قيمتُهَا يَوْمَ قبضِهَا.

صورته: رجل أسلم في كرّ حنطة مثلاً، فلما حلّ الأجل اشترى ربّ السلم من المسلم إليه كراً آخر بعينه ودفع إليه ظرفه ليجعل الدين والعين فيه:

فإن كان البائع يجعل فيه أولاً العين.. صار المشتري بذلك قابضاً حقّه جميعاً:

أما العين: فلصحة الأمر فيه؛ لما ذكرناه [١٢٧/ب].

وأما الدين: فلاتصاله بملك المشتري برضاه، والاتصال بالملك بالرضاء يثبت القبض؛ كمن استقرض حنطة وأمره أن يزرعها في أرضه؛ وكمن دفع إلى صانع خاتماً وأمره أن يزيد من عنده نصف دينار؛ فإنه يملكه بالاتصال.

وإن كان يجعل فيه أولاً الدين.. لم يصر قابضاً:

أما الدين: فلعدم مصادفته الملك؛ لأن حقه في الدين لا في العين الموفقة في ظرفه، فكان المأمور بجعلها في ظرف الآمر متصرفاً في ملك نفسه.

وأما العين: فلأنه خلطه بملكه قبل التسليم، وهو استهلاك عنده، فينفسخ العقد.

فإن قيل: الخلط حصل بإذن المشتري.. فلا ينقض البيع.

أجيب: بأن الخلط على هذا الوجه ما حصل بإذن المشتري، بل الخلط على وجه يصير الآمر به قابضاً. هذا عند أبي حنيفة.

(**وعندهما: صح قبض العين**) فيما بدأ بالدين؛ (**فإن شاء**) المشتري (**.. رضي بالشركة**) مع البائع، (**وإن شاء.. فسخ البيع**)؛ لأن الخلط ليس باستهلاك عندهما.

(**ولو أسلم**) رجل (**أمة في كر**) حنطة مثلاً، ودفعت الأمة إلى المسلم إليه (**وقبضت، ثم تقايلا فماتت**) الأمة في يد المسلم إليه (**قبل ردها.. بقي التقايل، وتجب قيمتها يوم قبضها**).

وَلَو مَاتَت ثُمَّ تَقَايلا.. صَحَّ.

وَكَذَا المقايضةُ فِي الْوَجْهَيْنِ، بِخِلَاف الشِّرَاء بِالثَّمنِ فيهِمَا.

وَلَو ادّعى أحدُ عاقدَي السّلمِ بَيَانَ الْأَجَلِ أَو اشْتِرَاطَ الرداءةِ وَأنكَر ......

(ولو ماتت) الأمة، (ثم تقايلا.. صح) الإقالة وتجب قيمتها يوم قبضها؛ لأنها تعتمد بقاء العقد، وذلك بقيام المعقود عليه، وفي التسلم: المعقود عليه هو المسلم فيه وذلك باق، فصحت الإقالة حالة بقائه ابتداء، وإذا صحت ابتداء.. صحت انتهاء أيضاً؛

كما لو تقايلا فماتت قبل ردها؛ لأن البقاء أسهل من الابتداء، ثم إذا انفسخ العقد في المسلم فيه بالإقالة.. انفسخ في رأس المال أيضاً تبعاً، فيجب ردّها، وقد عجز بهلاكها، فيجب عليه رد قيمتها.

فإن قيل: الجارية قد هلكت، والمسلم فيه سقط بالإقالة، فصار كهلاك العوضين في بيع المقايضة، وهو يمنع صحة الإقالة.

قلنا: لما وجب رد القيمة.. كان أحد العوضين باقياً؛ لأنها تقوم مقام عين الجارية.

(**وكذا المقايضة في الوجهين**) فلو تقايلا فيها، ثم هلك أحد العوضين.. تبقى الإقالة .

ولو تقايلا بعد هلاك أحد العوضين.. صحت الإقالة؛ لأن كلّ واحد من العوضين فيها يصلح مبيعاً، فيبقى العقد ببقائه، فتصح الإقالة.

(**بخلاف الشراء بالثمن فيهما**) أي: في الصورتين؛ أي: اشترى أمة بألف درهم ثم تقايلا، فماتت الأمة في يد المشتري.. بطلت الإقالة.

ولو تقايلا بعد موتها.. فهي باطلة أيضاً؛ لأن المعقود عليه في البيع هي الأمة وقد هلكت، فلم يبق العقد.. فلم يصح الفسخ بالإقالة.

(**ولو ادّعى أحد عاقدي السلم بيان الأجل أو اشتراط الرداءة** [١٢٨/أ]، **وأنكر**

الآخرُ.. فَالْقَوْل لمدَّعِيهِما مُطلقاً، وَقَالا: للْمُنكرِ إن كَانَ ربَّ السَّلم فِي الأُولى، أَو الْمُسلمَ إِلَيْهِ فِي الثَّانِيَة.

الآخر)، ولا بينة لهما (.. **فالقول لمدعيهما**) أي: الأجل واشتراط الرداءة؛ لأنه يدّعي الصحة؛ إذ السلم لا يجوز إلا مؤجلاً وموصوفاً، فكان الظاهر شاهداً له (**مطلقاً**) أي: سواء كان المدعي رب السلم؛ والمسلم إليه فيهما.

(**وقالا**): القول (**للمنكر إن كان**) المنكر (**رب السلم في**) المسألة (**الأولى، أو**) كان المنكر (**المسلم إليه في الثانية**).

والأصل في جنس هذه المسائل: أنهما إذا اختلفا في صحة العقد بعد اتفاقهما على عقد واحد:

فإن خرج كلام أحدهما مخرج التعنت.. كان باطلاً، وكان القول لمدعي الصحة.

وإن خرج مخرج الخصومة.. فكذلك عند أبي حنيفة.

وعندهما: القول للمنكر.

فلو قال المسلم إليه: لم يكن له أجل، وقال رب السلم: بل كان له أجل.. فالقول لرب السلم؛ لأن المسلم إليه متعنت؛ حيث ينكر [ما] ينفعه، ورب السلم ينكر ما يضره، والظاهر شهد له؛ لأنهما لما اتفقا على عقد واحد، واختلفا فيما لا يصح العقد بدونه وهو الأجل، والظاهر من حالهما مباشرة العقد على وجه الصحة.. كان الظاهر شاهداً لربّ السلم، فيكون القول قوله.

فإن قيل: لا نسلم أن المسلم إليه متعنت؛ لأنه بإنكاره يدعي ما ينفعه وهو فساد العقد، وسلامة المسلم فيه له، وهو يربو على رأس المال عادة، فيكون نافعاً له، فيكون القول [قوله].

أجيب عنه: بأن الفساد لعدم الأجل غير متيقن؛ لكونه مجتهداً فيه؛ فإن الشافعي جوز السلم الحال بلا تأجيل، وإذا لم يكن الفساد متيقناً بعدم الأجل.. لم يلزم من

والاستصناعُ ....

إنكاره الأجل ردّ رأس المال، حتى يسلم له المسلم فيه فينفعه.

وإذا عكست المسألة: بأن يدعي المسلم إليه الأجل، ورب السلم ينكره.. فالقول لرب السلم عندهما؛ لأنه ينكر حقاً عليه، فيكون القول له.

وإن أنكر الصحة كرب المال في المضاربة إذا قال لمضاربه: شرطت لك نصف الربح إلاّ عشرة، وقال المضارب: لا، بل شرطت لي نصف الربح.. فالقول لرب المال وإن أنكر الصحة.

وعند أبي حنيفة: القول للمسلم إليه؛ لأنه يدعي الصحة، وقد اتفقا على عقد واحد واختلفا في صحته، والظاهر يشهد له، فيكون القول له، والقياس على المضاربة فاسد؛ للفارق؛ لأنه ليس بعقد لازم حتى يتمكن كل واحد منهما من فسخه، بخلاف السلم؛ فإنه لازم.

ولو قال المسلم إليه: شرطت رديّاً، وقال رب السلم: لم اشترط شيئاً.. فالقول للمسلم إليه؛ لأن رب السلم متعنت في إنكاره صحة السلم؛ لأنه ينكر ما ينفعه، والمسلم إليه يدعي ما ينفعه؛ لأن المسلم فيه يربو على رأس المال عادة، والظاهر يشهد له؛ لأنهما اتفقا على عقد واحد واختلفا فيما لا يصح العقد [١٢٨/ب] بدونه وهو بيان الوصف، والظاهر: أنهما باشرا على وجه الصحة، فكان الظاهر شاهداً للمسلم إليه، فيكون القول له.

وإذا انعكست المسألة: بأن يدعي رب السلم الوصف وأنكره المسلم إليه.. فالقول لرب السلم عند أبي حنيفة؛ لأنه يدعي الصحة.

وعندهما: للمسلم إليه؛ لأنه منكر وإن أنكر الصحة على ما ذكره المتأخرون.

(**والاستصناع**) وهو أن يجيء إلى صانع فيقول: اصنع لي شيئاً صورته كذا وقدره كذا بكذا درهماً، وسلم إليه جميع الدراهم أو بعضها أو لا يسلم أصلاً.

ثم هذا لا يخلو؛ إما أن يكون ما فيه تعامل كأن يطلب من الخفاف خفاً بأديم

من عنده، أو فيما لا تعامل فيه كأن يطلب من الخياط أن يخيط له قميصاً بكرباس من عنده.

والأول: لا يخلو؛ إما أن يضرب فيه الأجل أو لا.

والثاني: يكون استصناعاً، ويجوز استحساناً.

والقياس: عدم جوازه، وهو قول زفر والشافعي؛ لأنه بيع المعدوم.

وجه الاستحسان: ما روي أن النبي ﷺ استصنع خاتماً ومنبراً، ولأن المسلمين تعاملوه من لدن رسول الله ﷺ إلى يومنا هذا من غير نكير، فنزل منزلة الإجماع، وهو قاض على القياس؛ كما في إجارة الحمام قبل الدخول، وإن كان مقدار المكث والماء المصبوب غير معلوم.

بخلاف المزارعة عند أبي حنيفة، فإنها فاسدة عنده مع تعامل الناس فيها؛ لأنها مختلف فيها في الصدر الأول، فلم يعمل بالتعامل فيها، بل عمل بالقياس، ولم يثبت الخلاف في الاستصناع في القرن الأول، فترك فيه القياس بالتعامل.

والأول: يكون سلماً عند أبي حنيفة حتى لا يثبت فيه الخيار، ويشترط فيه شرائط السلم.

وعندهما: هو استصناع بحاله؛ عملاً بحقيقة اللفظ، ويحمل الأجل على التعجيل.

ولأبي حنيفة: أنه يحتمل السلم: باعتبار ضرب الأجل، والاستصناع: باعتبار حقيقة اللفظ، فيحمل على السلم؛ لأنه ثبت بالكتاب.

وفي ثبوت الاستصناع شبهة؛ لكونه مجتهدً فيه فكان الحمل على الأول أولى.

والثاني أيضاً: لا يخلو؛ إما أن يضرب فيه الأجل أو لا يضرب، والثاني لا يجوز مطلقاً، والأول يجوز سلماً بالاتفاق؛ لأنه لا يمكن حمله على الاستصناع بفساده، فتترك الحقيقة ويعمل بالأجل.

بِأَجلٍ: سلمٌ، فَيصحُّ فِيمَا أمكنَ ضبطُ صفتِهِ، وَقدرِهِ، تُعورفَ أَو لا.

وَبلا أَجل: يَصحُّ اسْتِحْسَاناً فِيمَا تُعورف؛ كخُفٍّ وطِسْتٍ وقُمقُمَةٍ.

وَهُوَ بيعٌ لَا عِدَةٌ، فَيجْبرُ الصَّانِعُ على عَمَلِهِ،..........................

إذا عرفت هذا.. يظهر لك شرح قوله: (**بأجل**) يصح فيه السلم لا مطلقاً (**سلم**) غير للاستصناع؛ أي: عقد سلماً عملاً بالأجل؛ لأنه لازم للمسلم (**فيصح فيما أمكن ضبط صفته وقدره**) مما يجري فيه السلم؛ (**تعورف**) بالتعامل (**أو لا**) تعورف به على ما ذكرناه آنفاً.

(**وبلا أجل** [١٢٩/أ] **يصح استحساناً فيما تعورف كخف**) أي: كطلب خف بأديم من عند الخفاف (**وطست وقمقمة**)، فلا يصح فيما لا تعامل فيه كالثوب على ما سيصرح به.

ثم اختلفوا فيما يجوز فيه الاستصناع: أنه بيع أو مواعدة؟

والصحيح: أنه بيع عند عامة المشايخ، واختاره المصنف فقال:

(**وهو**) أي: الاستصناع (**بيع**)؛ لأن محمداً سماه بيعاً، وأثبت فيه لوازم البيع من خيار الرؤية ونحوها، وذكر فيه القياس والاستحسان، وفصل بين ما فيه التعامل وما لا تعامل فيه.

والمواعيد: تجوز قياساً واستحساناً بلا فرق بينهما، والمعدوم قد يعتبر موجوداً حكماً؛ للتعامل والضرورة كما في الإجارة، فيصح بيعاً.

(**لا عدة**) وهي اختيار الحاكم الشهيد والصغار محمد بن سلمة.

وإنما ينعقد العقد بالتعاطي إذا جاء به مفروغاً، وما نحن فيه ليس كذلك.. فلا ينعقد بالتعاطي إلاّ عند انبنائه مفروغاً لا عند الاستصناع.

ثم فرع على كونه بيعاً بقوله: (**فيجبر الصانع على عمله**)؛ لأنه باع ما لم يره، ولا يجبر المستصنع على القبول حين رآه؛ لأنه اشترى ما لم يره.. فله خيار الرؤية.

وعن أبي حنيفة: إنه لا جبر على الصانع على عمله؛ احترازاً عن الضرر.

وَلَا يرجعُ المستصنِعُ عَنهُ، وَالْمَبِيعُ هُوَ الْعين لَا عملُه؛ فَلَو أَتَى بِمَا صنعه غَيُره، أَو بِمَا صنعه هُوَ قبلَ العقد فَأَخذه.. صَحَّ.

وَلَا يتَعَيَّنُ للمستصْنِع بِلَا اخْتِيَارِه، فَيصحُّ بيعُ الصَّانِعِ لَهُ قبل رُؤْيَتِهِ، ....

والأول: أصحّ، على ما في «العناية».

(ولا يرجع المستصنع عنه) أي: عن الاستصناع بعدما استصنع؛ لأن العقد انعقد بينهما، فلا يرجع بعده قبل الرؤية، ولو كان مواعدة.. لصح رجوعه.

ثم اختلف القائلون بأنه بيع: في المبيع.. أنه العين أو العمل:

وعامة المشايخ: على أنه العين، واختاره المصنف فقال: (**والمبيع: هو العين لا عمله**) خلافاً لأبي سعيد البردعي؛ فإن عنده الاستصناع إجارة، فيكون المبيع هو العمل عنده.

واستدلوا على أنه هو العين بقول محمد: «لأنه اشترى ما لم يره».

ثم فرع على كون المبيع هو العين بقوله: (**فلو أتى بما صنعه غيره أو بما صنعه هو قبل العقد فأخذه**) الآمر (.. **صح**)؛ لحصول المقصود.

فإن قيل: لو كان بيعاً والمبيع عيناً.. لما بطل بموت أحد العاقدين، لكنه يبطل.

أجيب: بأن للاستصناع شبها بالإجارة من حيث إن فيه طلب العمل، وشبهاً بالبيع من حيث إن المقصود منه هو العين المستصنع:

فللشبه الأول قلنا: يبطل بموت أحدهما.

للشبه الثاني: أمر ينافيه القياس والاستحسان وخيار الرؤية، ولم يوجب تعجيل الثمن في مجلس العقد.

(**ولا يتعين**) عين المعقود عليه (**للمستصنع بلا اختياره**)؛ لأنه اشترى ما لم يره.. فله خيار التعيين، وإذا لم تعين له (.. **فيصح بيع الصانع له قبل رؤيته**)؛ لأنه تصرف في ملكه.

وَلهُ أَخذُه وَتَرْكه.

وَلَا يَصحُّ فِيمَا لم يُتعارَفْ كَالثَّوْبِ.

(**وله**) أي: للمستصنع (**أخذه وتركه**)؛ عملاً بخيار الرؤية له، بخلاف السلم؛ إذ لا فائدة في إثبات الخيار [١٢٩/ب] فيه؛ لأنه كلما رده عليه.. أعطاه غيره؛ لكونه غير متعين؛ إذ المسلم فيه في الذمة، فيبقى فيها إلى أن يقبضه. كذا في «البحر».

وعن أبي يوسف: إنه لا خيار في الاستصناع أيضاً أصلاً:

أما للصانع: فلأنه باع ما لم يره.. فلا خيار له.

وأما للمستصنع: فلأن الصانع أتلف ماله بقطع صرمه وخيطه ليصل إلى بدله، فلو ثبت له الخيار.. لتضرر الصانع؛ لأن غيره لا يشتريه بمثله.

ألا ترى أن الواعظ إذا استصنع منبراً ولم يأخذه.. فالعامي لا يشتريه أصلاً.

فإن قيل: الضرر حصل برضاه.. فلا يكون معتبراً.

أجيب: بجواز أن يكون الرضاء على ظن أن المستصنع مجبور على القبول، فلما علم اختياره.. عَدِمَ رضاه.

فإن قيل: ذلك لجهل منه، وهو لا يصلح عذراً في دار الإسلام.

أجيب عنه: بأن خيار المستصنع اختيار بعض المتأخرين من أصحابنا، ولم يجب على كل واحد من المسلمين في دار الإسلام علم أقوال جميع المجتهدين، وإنما الجهل ليس بعذر في دار الإسلام في الفرائض التي لا بد لإقامة الدين منها، لا في حيازة اجتهاد جميع المجتهدين.

(**ولا يصح**) الاستصناع (**بلا أجل فيما لم يتعارف كالثوب**) أي: كأن يطلب من الحائك ثوباً لينسجه له بالغزل من عنده، وكأن يطلب من الخياط ثوباً يخيطه بكرباس من عنده.

* * *

(مَسَائِلَ شتَّى)

يَصحُّ بيعُ الْكَلْبِ والفهدِ وَسَائِرِ السِّبَاعِ؛ عُلِّمَتْ، أَو لَا.

(مَسَائِلَ شَتَّى)

جمع شتيت؛ أي: المتفرق؛ لأنها تفرقت عن أبوابها ولم تذكر ثمة، فاستدركت بذكرها ههنا.

(**يصح بيع الكلب والفهد وسائر السباع**) من الطيور وغيرها من كل ذي ناب.

اعلم: أن بيع الكلب وكل ذي ناب من السباع جائز (**علمت**) أي: صارت معلمة، (**أو لا**) في رواية «الأصل».

أما الكلب المعلم.. فلا شك في جواز بيعه؛ لأنه آلة الحراسة والاصطياد، فيكون محلاً للبيع؛ لكونه منتفعاً به حقيقة وشرعاً، فيكون مالاً متقوماً مضموناً بالقيمة بالإتلاف، وكل ما هو كذلك.. يكون محلاً للبيع.

وأما غير المعلم.. فلأنه يمكن أن ينتفع به بغير الاصطياد؛ فإن كل كلب يحفظ بيت صاحبه، ويمنع الأجانب عن الدخول في بيته، والأخذ عن مواشيه، ويخبر عن الجائي بنباحه، فساوى المعلم في الانتفاع به، فيكون مالاً متقوماً مضموناً بالقيمة أيضاً.. فيكون محلاً للبيع.

وعن أبي يوسف: إن بيع الكلب العقور أي الجارح.. لا يجوز؛ لأنه غير منتفع به؛ ولأنه ﷺ نهى عن إمساكه وأمر بقتله.

قلنا: كان ذلك قبل ورود الرخصة في اقتناء الكلب للصيد أو للماشية أو للزرع؛ لأنه ﷺ كان يأمر بقتل الكلاب في الابتداء، ثم رخص لاقتنائه على ما روي مرفوعاً: أنه ﷺ رخص في ثمن الكلب، فلفظ الرخصة يدل على الانتساخ [١٣٠/أ]، ولم يفرق في ذلك بين الكلاب معلماً أو لا.

وعن شمس الأئمة: أنه شرط لجواز بيع الكلب: أن يكون معلماً أو قابلاً للتعليم.

وقال الشافعي: لا يجوز بيع الكلب مطلقاً؛ مستدلاً بقوله ﷺ: «إن من السحت: مهر البغي، وثمن الكلب»، والسحت: هو الحرام.. فلا يجوز بيعه؛ ولأنه نجس العين.

أجيب بأنه روي عن ابن عباس رضي الله عنه: أنه ﷺ نهى عن بيع الكلب إلا كلب صيد أو ماشية.

واعترض: بأن هذا لا يثبت المدعى؛ لأن المدعى: جواز بيع مطلق الكلاب، والدليل المذكور أخص منه؛ لأنه إنما يدل على جواز بيع كلب الصيد والماشية لا غير.

وأجيب عنه: بأن المقصود منه: إبطال شمول العدم الذي هو مدّعى الخصم، وأما إثبات المدعى.. فحديث عبد الله بن عمرو بن العاص: أنه قضى رسول الله ﷺ في كلب بأربعين درهماً من غير تخصيص بنوع.

واعترض عليه أيضاً: بأنه معارض برواية الطحاوي في «شرح الآثار» عن عبد الله بن عمرو: أنه قضى في كلب صيد قتله رجل بأربعين درهماً؛ لأن هذا مخصوص بنوع كما ترى، ولهذا قال بعض مشايخنا: جواز بيع الكلب المعلم ثابت بالحديث المذكور، وغير المعلم ملحق به دلالة للاشتراك في العلة.

والحاصل: أنّ مناط الحكم: هو الانتفاع به، فأينما يتحقق المناط.. يتحقق فيه الحكم أيضاً؛ منصوصاً أو لا، ولهذا قلنا: جاز بيع الفهد والنمر والذئب والفيل والأسد والقردة والهرة؛ لإمكان الانتفاع بها: بالركوب كما في الفيل، والصيد كما في غيرها.

بخلاف الهوام المؤذية؛ كالحيات والعقارب والزنابير؛ لأنه لا يمكن الانتفاع بها، وكذا الفأرة والنمل والوزغ والضب والخفافيش والضفادع والسرطان.

وقيل: لا يجوز بيع القرد، والصحيح: الجواز على ما في «الزيلعي».

وَالذِّمِّيُّ فِي البيعِ كَالْمُسلمِ ....

وعن أبي الليث: أنه يجوز بيع الحيات إذا كان ينتفع بها في الأدوية، وإلا.. لا يجوز.

ورده في «البدائع» بأنه ليس بسديد؛ لأن المحرم شرعاً لا يجوز الانتفاع به للتداوي؛ كالخمر.. فلا تقع الحاجة إلى شرع البيع.

ويجوز بيع الدهن النجس؛ لأنه ينتفع به للاستصناع.. فهو كالسرقين.

وأما العذرة.. لا ينتفع بها إلا مخلوطة بالتراب، فلا يجوز بيعه إلا تبعاً على ما في «البحر».

ولا يجوز بيع حبة قمح، ونطفة ماء، وكف من تراب؛ لأنها لا ينتفع بها؛ إذ لا قيمة لها على ما في «الزيلعي».

وأما الجواب عن قول الشافعي: «إنه نجس العين، فلا يجوز بيعه كالخنزير».. فهو على ما في «فتح القدير»: لو سلم أنه نجس العين.. فهي توجب حرمة أكله لا منع بيعه، بل منع البيع يمنع الانتفاع شرعاً، ولهذا جوزنا بيع السرقين والبعر مع نجاسة عينها؛ لإطلاق الانتفاع بها عندنا [١٣٠/ب]، بخلاف العذرة فإنها لم يطلق الانتفاع بها، فمنع بيعها إلا مخلوطة بالتراب، وإنما منع بيع الخمر.. لنص خاص في منع بيعها. انتهى.

(والذمي في البيع كالمسلم) لما ذكره محمد في «الأصل»: لا يجوز بين أهل الذمة الربا، ولا بيع الحيوان بالحيوان نسيئة، ولا يجوز السلم بينهم في الحيوان والدرهم بالدرهمين يداً بيد، ولا نسيئة، ولا الصرف نسيئة، ولا الذهب بالذهب.. إلا مثلاً بمثل، يداً بيد، وكذا كل ما يكال أو يوزن إذا كان صنفاً واحداً، وهم في البيوع بمنزلة أهل الإسلام؛ لقوله ﷺ لمعاذ: «فأعلمهم أن لهم ما للمسلمين، وعليهم ما على المسلمين» ولأنهم مكلفون بالمعاملات يحتاجون بما تبقى به نفوسهم كالمسلمين، ومما يحتاجون إليه: البيع وسائر المعاملات الشرعية.

إِلّا فِي الْخمرِ.. فَإِنَّهَا فِي حَقِّه كالخلِّ، وَالْخِنْزِيرُ فِي حَقِّهِ كالشاةِ.

(إلا في الخمر.. فإنها في حقه كالخل، والخنزير) فإنها (في حقه كالشاة) في حقنا، يعني: بيع الخمر والخنزير جائز في حقهم كبيع الخل والشاة في حقنا، حتى يجوز لهم السلم في الخمر لا في الخنزير، كما جاز لنا في الخل دون الشاة.

وفي «البدائع»: إنهم لا يمنعون من بيع الخمر والخنزير.

أما على قول بعض مشايخنا.. فلأنه يباح الانتفاع به شرعاً لهم، فكان مالاً في حقهم.

وأما على قول البعض أن حرمتها ثابتة على العموم - في حق المسلم والكافر؛ بناء على أنهم مخاطبون بالحرمات وهو الصحيح من مذهب أصحابنا - فكانت الحرمة ثابتة في حقهم، لكنهم لا يمنعون عن بيعها لأنهم لا يعتقدون حرمتها ويتمولون بها، وقد أمرنا بتركهم وما يدينون. انتهى.

قيدّوا ههنا بالخمر والخنزير لما صرّحوا بأنا لا نجيز بيع الميتة والدم فيما بينهم.

وفي «البحر» نقلاً عن «الإصلاح»: المستثنى غير مختص بالخمر والخنزير كما فهم من «الهداية»، بل: المنخنقة، والتي جرحت في غير موضع الذبح، وذبائح المجوسي.. أيضاً مستثناة، وإنما خصوا بهما؛ لأن هذه الثلاثة داخلة في الخنزير.

وفي «البزازية»: وبيع المجوسي ذبيحته أو ما ذبح عنده.. كالخنق من كافر: جائز عند الثاني. انتهى.

وقال في «البحر»: ظاهر هذا: أنه غير جائز عند أبي حنيفة ومحمد، وحينئذ: فالمستثنى مختص بالخمر والخنزير.

وفي «البزازية» أيضاً: بيع متروك التسمية عمداً من كافر لا يجوز.

وَمن زوَّجَ مَشرِيَّتَهُ قبلَ قبضهَا.. جَازَ؛ ....

وفي «إيضاح الكرماني»: ولو باع ذمي من ذمي خمراً أو خنزيراً، ثم أسلما أو أسلم أحدهما قبل القبض.. انتقض البيع؛ لتعذر القبض بالإسلام، فصار كما لو أبق المبيع.

فإن صار خلاً قبل القبض.. خيّر المشتري؛ إن شاء.. نقض، وإن شاء.. أخذ في قولهما.

وعند محمد: العقد باطل.

وكذا المسلم إذا اشترى عصيراً فتخمر.

ولو قبض الخمر، ثم أسلما أو أحدهما.. جاز البيع؛ قبض أو لا.

ولو اشترى الذمي عبداً مسلماً.. جاز وأجبر على بيعه [١٣١/أ]، وكذا إذا اشترى مصحفاً.

ولو اشترى كافر من كافر عبداً مسلماً شراء فاسداً.. أجبر على رده، ويجبر البائع على بيعه، وإن أعتقه الذمي.. جاز، وكذا إن دبره.. جاز، ويسعى في قيمته.

(ومن زوّج مشريته) إلى رجل (قبل قبضها.. جاز) تزويجه؛ لوجود سبب ولاية التزويج وهو الملك في الرقبة على الكمال، ولا مانع ثمة عن الجواز؛ لأن المنع عن التصرف في المبيع قبل القبض إنما يكون عن تصرف ينفسخ بهلاك المبيع قبل القبض، والنكاح ليس كذلك.

فإذا جاز هذا النكاح؛ أعني: قبل القبض.. فهل يبطل ببطلان ذلك المبيع قبل القبض؟

ففي «البحر»: ولو انتقض البيع.. بطل النكاح في قول أبي يوسف، خلافاً لمحمد.

قال الصدر الشهيد: والمختار: قول أبي يوسف؛ لأن البيع متى انتقض قبل القبض.. انتقض من الأصل، فصار كأن لم يكن، فكان النكاح باطلاً.

فَإِن وُطِئَتْ.. كَانَ قَابِضاً، وإِلّا.. فَلَا.
وَمن اشْتَرى شَيْئاً فَغَاب غيبَةً مَعْرُوفَةً لَا يُبَاعُ ....

وقيد القاضي الإمام بطلان النكاح ببطلان البيع قبل القبض بما إذا لم يكن بالموت، حتى لو ماتت الجارية قبل القبض.. لا يبطل النكاح وإن بطل البيع. انتهى.

قلت: بطلان النكاح بانتقاض البيع قبل القبض إنما يستقيم بناء على أن مجرد التزويج بدون الوطء ليس بقبض، وهو الاستحسان، وأما على القياس - وهو: أن مجرد التزويج بدون الوطء قبض، وهو رواية عن أبي يوسف على ما في «العناية» - فلا يستقيم.

وفي «البحر»: إنما قيد بالنكاح؛ لأن العتق والتدبير قبل القبض حساً.. قبض حكماً.

(فإن وطئت) أي: وطئها زوجها (.. كان) ذلك الوطء (قبضاً)؛ لأن الوطء لما كان بتسليط من جهة المشتري.. كان فعله كفعله.

(وإلا) أي: وإن لم يطأها، (.. فلا) يكون مجرد التزويج قبضاً، استحساناً.

والقياس: أنه قبض أيضاً، وهو رواية عن أبي يوسف، حتى إن هلكت بعد ذلك.. هلكت من مال المشتري؛ لأن التزويج عيب حكمي، حتى لو وجدها المشتري ذات زوج.. كان له أن يردها على ما تقدم، والمشتري إذا عيب المعقود عليه.. صار قابضاً، فصار كالإعتاق والتدبير وقطع اليد.

والاستحسان: أن في التعيب الحقيقي استيلاء على المحل باتصال فعله إليه، وبه يصير قابضاً، وليس ذلك في الحكمي.. فلا يصير قابضاً.

والإعتاق والتدبير إتلاف للمالية وإنهاء للملك، ولهذا يثبت له الولاء من ضرورات أن يصير قابضاً.

(ومن اشترى شيئاً فغاب) المشتري قبل القبض ونقد الثمن (غيبة معروفة.. لا يباع) ذلك الشيء؛ أي: إذا طلب البائع من القاضي بيع ذلك الشيء بثمنه.. لا يباع

فِي دَينِ بَائِعه.

وَإِن لم تكنْ مَعْرُوفَةً.. يُبَاعُ فِيهِ إِذا برهنَ أَنَّه بَاعه مِنْهُ إِذا لم يكن قَبضه.

(في دين بائعه)؛ لأنه يمكن له الوصول إلى حقه بدون بيع ذلك الشيء لتعرف مكان الغائب، وفي البيع: إبطال حق المشتري.. فلا يباع.

(وإن لم تكن معروفة.. يباع) ذلك الشيء (فيه) أي: في دين [١٣١/ب] بائعه (إذا برهن) البائع (أنه باعه منه) وغاب قبل نقد الثمن، وهذا لأن ملك المشتري ظهر بإقرار البائع، فيظهر على الوجه الذي أقرّ به مشغولاً بحقه فيعتبر كذلك، وذلك؛ لأن العبد في يده، والقول قول الإنسان فيما في يده فلو ادّعى الملك.. كان مسموعاً، ولو أقرّ به لغيره كاملاً.. صحّ بحكم اليد؛ فكذا إذا أقرّ به ناقصاً مشغولاً بحقه، ويثبت له الملك ناقصاً على وجه يقتضي الاستيفاء وقد تعذر، فيبيعه القاضي فيه ويستوفي من ثمنه ويحفظ ما زاد؛ كالراهن إذا مات.. فإن المرتهن أحق بالمرهون، يباع في دينه إذا تعذر الاستيفاء؛ وكالمشتري إذا مات قبل قبض المبيع مفلساً.. فإن المبيع يباع بثمنه.

وهذا (إذا لم يكن) المشتري الغائب (قبضه) أي: المبيع، فإنه بعد القبض لا تقبل بينة البائع؛ لأن حقه لم يبق متعلقاً به، بل هو دين في ذمة المشتري، فتكون البينة لإثبات الدين على الغائب، والإثبات على الغائب متعذر عندنا، وههنا بحث من وجوه:

الأول: إن إقامة البرهان فيما إذا لم يكن قبضه على الغائب أيضاً، فلا يجوز عنه أيضاً.

الثاني: إن القول بجواز البيع قول بجواز التصرف في المبيع قبل القبض، وقد تقدم بطلانه.

الثالث: إقامة البرهان فيما نحن فيه لا تجوز أيضاً؛ لأنها تعتمد على إنكار الخصم، والخصم غائب ههنا.. فلا يمكن الإقامة عليه؛ للجهل بإنكاره.

وأجيب عن الأول: بأن إقامة البينة فيما نحن فيه إنما هي لنفي التهمة لا للقضاء، وإنما القاضي يقضي بموجب إقرار المقر بما في يده، فكان هذا قضاء على الحاضر بإقراره بما في يده.

وعن الثاني بوجهين:

أحدهما: قول بعض المشايخ: إن القاضي ينصب من يقبض العبد للمشتري، ثم يبيع؛ لأن بيع القاضي كبيع المشتري، فلا يجوز قبل القبض.

وردّ هذا: بأن المشتري ليس له أن يقبضه قبل نقد الثمن، فكذا من يجعل وكيلاً عنه، وأجيب بأن ذلك حق البائع وقد يتسامح بتأخيره.

أقول: هذا القبض لما كان لاستيفاء حق البائع.. صار كأنه لم يزل عن يده.

والثاني: أن المبيع ههنا غير مقصود، وإنما المقصود استيفاء حق البائع، والبيع يحصل ضمناً وتبعاً، ولا معتبر بالضمنيات.

وعن الثالث: أن إقامة البينة ههنا ليس للقضاء، بل لنفي التهمة على ما ذكرناه، والقاضي إنما يقضي بإقرار المقر بما في يده، وفي ذلك لا يحتاج إلى إنكار الخصم؛ إذ لا حكم على الخصم فيه، بل الحكم على الحاضر في الحقيقة.

ثم المراد بالمبيع ههنا: ما هو من المنقول كالعبد والثوب وغيرهما لا العقار؛ لأن القاضي لا يبيعه على ما في «البحر» نقلاً عن «النهاية» و«الفصولين».

هذا في بيع الأعيان، وهل هو كذلك في بيع المنافع؛ أعني: الإيجار والاستئجار؟

ففي «البحر»: استأجر إبلاً إلى مكة ذاهباً وجائياً ودفع الكراء، ومات رب الدابة [١٣٢/أ] في الذهاب حتى انفسخت الإجارة؛ فإذا أتى مكة ورفع الأمر إلى القاضي، فرأى أن يبيع الدابة ويدفع بعض الأجر إلى المستأجر.. جاز له ذلك، وللمستأجر أن يركبها إلى مكة، ولا يضمن، وعليه الكراء إلى مكة.

وَإِن غَابَ أحدُ المشتريينِ.. فللحاضر دفعُ كلِّ الثَّمنِ، وَقبضُ الْمَبِيعِ، وحبسُه إِذا حضَر الْغَائِبُ حَتَّى ينقدَ حصَّتَهُ.

وكذا لو رهن المديون وغاب غيبة منقطعة، فرفع المرتهن الأمر إلى القاضي، حتى يبيع الرهن بدينه.. فإنه ينبغي أن يجوز ذلك.

وفيه أيضاً: أنه لو باع دابة وغاب المشتري قبل القبض ودفع الثمن.. فللحاكم أن يأذن له في بيعها ويأخذ ثمنه من ثمنه لو كان من جنسه.

ولو أذن له أن يؤجرها ويعلفها من أجرها.. جاز.

فعلم منه - أي في مسألة الكتاب -: للقاضي أن يأذن للبائع في البيع، كما أن له أن يبيع بنفسه أو أمينه وأن له أن يأذن في أجرها لو كان لها أجر.

وظاهر كلامهم: أن البائع لا يملك البيع بلا إذن القاضي، فإن باع.. كان فضولياً، وإن سلم إلى المشتري.. كان متعدياً، والمشتري منه كان غاصباً. هكذا ذكره.

ثم قال نقلاً عن «الفصولين» وللقاضي ولاية إيداع مال غائب ومفقود، وله إقراضه وبيع منقوله لو خيف تلفه ولم يعلم مكان الغائب، لا لو علم؛ إذ يمكن البعث إليه إذا خيف التلف، فيمكن حفظ العين والمالية، وتمامه في «الفصولين».

(وإن غاب أحد المشتريين.. فللحاضر دفع كل الثمن وقبض المبيع وحبسه إذا حضر الغائب، حتى ينقد حصته) أي: من الثمن؛ يعني: إذا نقد الحاضر الثمن إلى البائع.. يجبر البائع بقبول نصيب الغائب من الثمن وتسليم نصيبه من المبيع إلى المشتري الحاضر عند أبي حنيفة ومحمد.

وقال أبو يوسف: لا يجبر البائع على قبول نصيب الغائب من الثمن.

ولو قبل.. لا يجبر على تسليم نصيبه من المبيع، والحاضر لا يقبض إلاّ نصيبه مهايأة لا غير.

وإذا قبض الحاضر المبيع كله.. لم يرجع على الغائب إذا حضر بما نقده لأجله، وليس له حق الحبس على ذلك، وكان متبرعاً بما أدى عن صاحبه؛ لأنه قضى دينه بغير أمره، ولا رجوع ذلك.

ولهما: أنه مضطر فيه؛ لعدم الانتفاع بنصيبه إلا بأداء جميع الثمن؛ لاتحاد الصفقة، والمضطر يرجع، كمعير الرهن إذا افتك الرهن بعد غيبة الراهن أو إفلاسه.. فإنه يرجع على الراهن - أي: المستعير - بما أدى وإن كان ذلك قضاء دين الغير بغير أمره؛ لاضطراره في القضاء لتخليص ما أعاره للراهن.

قيد بقوله: «إن غاب»؛ لأنه لو كان حاضراً.. يكون الدافع متبرعاً بالاتفاق.

وقيد بقوله: «أحد المشتريين»؛ لأنه لو غاب أحد المستأجرين قبل نقد الأجرة، فدفع الحاضر جميعها.. يكون متبرعاً بالاتفاق؛ لأنه غير مضطر في نقد حصة الغائب من الأجر؛ إذ ليس [١٣٢/ب] للآجر حبس الدار لاستيفاء الأجرة.

كذا في «العناية».

قلت: هذا لا يستقيم على إطلاقه لأن للآجر حبس الدار فيما إذا شرط تعجيل الأجرة، وفيمن لعمله أثر في العين على ما صرح به في «الفتاوى».

ففي «الخلاصة»: ثم الأجرة إنما تستحق: بالتعجيل، أو باشتراط التعجيل، أو باستيفاء المعقود عليه.

ثم قال فيها نقلاً عن «الأصل الإسكاف»: ومن لعمله أثر في العين.. فإنه يحبس العين لاستيفاء الأجر، إلا إذا كانت الأجرة مؤجلة.

وفي «النوازل»: في كسر الحطب وحلق شعر العبد حق الحبس، وللنساج حق الحبس، وكذا كل ما لو صار العين بعمله شيئاً آخر، بحيث ما لو فعل الغاصب.. ينقطع حق المالك.

وأما القصار: إن كان يقصر بالنسابج أو ببياض البيض.. فله الحبس. انتهى.

وَإِنِ اشْترى بِأَلفِ مِثْقَالِ ذهبٍ وَفِضةٍ.. فهما نِصْفَانِ.

وَإِن قَالَ: بِأَلِفٍ من الذَّهَبِ وَالْفِضَّةِ.. فَمن الذَّهَبِ: خَمْسُمِائَةِ مِثْقَالٍ، وَمنَ الْفضةِ: خَمْسُمِائَةِ دِرْهَمٍ وزنُ سَبْعَةٍ.

(**وإن اشترى بألف مثقال ذهب وفضة**) بأن قال: اشتريته بألف مثقال ذهب وفضة (..**فهما نصفان**)، ويجب عليه من كل واحد منهما خمسمائة مثقال؛ لأنه أضاف المثقال إليهما على السواء، وليس أحدهما أولى من الآخر في الاحتياج إلى المضاف، فيجب التساوي.

ولكن لا بد من التقييد بالجودة والرداءة والوسط على ما قيده محمد في «الجامع الصغير»؛ لأن الناس لا يتبايعون بالتبر، فلا بد من بيان الصفة، وإنما تركه المصنف؛ لكونه معلوماً في أول كتاب البيع: أن ذلك لا بد منه.

وفيه إشارة إلى ما قال في «البحر»: إنه لو قال: لفلان علي كر حنطة وشعير وسمسم.. فإنه يجب من كل جنس ثلث الكر.

(**وإن قال**): اشتريت منك (**بألف من الذهب والفضة؛ فمن الذهب: خمسمائة مثقال، ومن الفضة: خمسمائة درهم وزن سبعة**)؛ لأنه هو المتعارف في وزن الدراهم، ولم يضف المثقال إلى الفضة كما في الأول. كذا ذكره في «الهداية».

واعترض عليه: بأن لقائل أن يقول: النظر إلى المتعارف يقتضي أن ينصرف إلى ما هو المتعارف في البلد الذي وقع فيه العقد. انتهى.

وفي «فتح القدير»: في الدراهم ينصرف إلى الوزن المعهود؛ وزن سبعة، ويجب كون هذا إذا كان المتعارف في بلد العقد في الدراهم وزن سبعة، والمتعارف في بعض البلاد الآن كالشام والحجاز: ليس ذلك، بل وزن ربع وقيراط من ذلك الدرهم،

وأما في عرف مصر: فلفظ الدرهم ينصرف إلى وزن أربعة دراهم بوزن سبعة من الفلوس، إلا أن يقيد بالفضة.. فينصرف إلى درهم بوزن سبعة.

وَمَن قبضَ زيفاً بدلَ جيّدٍ غيَر عَالِمٍ بِهِ فأنفقَهُ أَو هلكَ.. فَهُوَ قَضَاءٌ.

وَقَالَ أَبُو يُوسُف: يَردُّ مثلَ الزَّيفِ وَيَقْتَضِي الْجيدَ.

(ومن) له على آخر عشرة دراهم جياد و(**قبض زيفاً بدل جيد غير عالم به، فأنفقه أو هلكت.. فهو قضاء**) لدينه عند أبي حنيفة ومحمد.

(**وقال أبو يوسف: يردّ مثل الزيف ويقتضي الجيد**)؛ لأن حقه في الوصف مرعي من حيث الجودة؛ كما أنه مرعي [١٣٣/أ] في الأصل من حيث القدر، فلو نقص عن كمية حقه. رجع عليه بمقداره؛ فكذا إذا نقص في كيفيته، ولا يمكن رعايته بإيجاب نقصان ضمان الوصف منفرداً؛ لعدم انفكاكه، ولهدره عند المقابلة بجنسه، فوجب المصير إلى ما قلنا.

ولهما: أن المقبوض من جنس حقه؛ بدليل: أنه لو تجوز به فيما لا يجوز الاستبدال كالصرف والسلم.. يجوز؛ فإذا كان من جنس حقه.. يحصل به الاستيفاء من حيث الأصل، ولا يبقى حقه إلا في الجودة، وتداركها منفردة:

بإيجاب ضمانها غير ممكن **شرعاً** لما ذكرناه من أنها هدر عند المقابلة بالجنس، **ولا عقلاً**؛ لعدم الانفكاك.

ولا بإيجاب ضمان الأَصل؛ لأن المضمون حينئذ هو الأصل، والفرض أنه من حيث الأصل مستوفى، فإيجاب الضمان عليه - أي: على الدائن باعتباره - إيجاب عليه له، ولا نظير له في الشرع.

واعترض عليه بوجهين:

أحدهما: أن إيجاب الضمان على الرجل لنفسه لا يجوز إذا لم يفد، وههنا يفيد، فصار ككسب المأذون له المديون؛ فإنه مضمون على المولى وإن كان ملكاً له، حتى لو اشترى.. صحّ.

والثاني: أن المقصود الأصلي هو إحياء حق صاحبه، ووجوب الضمان له عليه ضمني.. فلا يعتبر.

وأجيب عن الأول: بأن الفائدة ثمة إنما هي للغرماء، فكأنه تضمين الشخص لغيره، بخلاف ما نحن فيه.

وعن الثاني: أن الوصف تابع، فلا يجوز أن يكون الأصل تابعاً له.

وفي «البحر» نقلاً عن فخر الإسلام: إن قولهما قياس، وقول أبي يوسف استحسان.

قيد بتلفها بالإنفاق أو بالهلاك؛ لأنها لو كانت قائمة.. ردها.

وفي «الجوهرة» من كتاب الرهن: إذا علم قبل أن ينفقها، فطالبه بالجياد وأخذها.. كان الجياد أمانة في يده ما لم يرد الزيوف.

فلو قال: أنفقها؛ فإن لم ترج رُدّها علي، ففعل، فلم ترج.. فله أن يردها استحساناً.

فرّق بين هذا وبين ما إذا اشترى عيناً فوجد بها عيباً وأراد ردها، فقال له البائع بعه؛ فإن لم يُشتر ردّه عليّ، فعرضه على البيع ولم يشتر منه أحد.. ليس له أن يردّه.

ووجه الفرق: أن المقبوض من الدراهم ليس عين حق القابض، بل هو من جنس حقه لو تجوز به.. جاز وصار عين حقه؛ فإذا لم يتجوز.. بقي على ملك الدافع، فصحّ أمر الدافع بالتصرف فيه، فهو في الابتداء: تصرف للدافع، وفي الانتهاء: لنفسه، بخلاف التصرف في المبيع؛ لأنه ملكه، فتصرفه لنفسه، فبطل خياره. انتهى.

قيد الخلاف بعدم العلم؛ لأنه لو علم بها وأنفقها.. كان قضاء اتفاقاً.

وقيد بالزيفة؛ لأنها لو كانت ستوقة أو بنهرجة فأتلفها.. فإنه يردّ مثلها ويرجع بالخيار اتفاقاً [١٣٣/ب].

وهما فرّقا بأن الزيوف من جنس حقه، والستوفة والبنهرجة: لا. كذا في «البحر».

وَإِن فرّخ طيرٌ، أَو باضَ فِي أَرَضٍ، أَو تكنَّس ظَبْيٌ.. فَهُوَ لِمَنْ أَخذَهُ.

وَكَذَا صيدٌ تعلَّق بشبكةٍ مَنْصُوبَةٍ للجفَافِ، أَو دخلَ دَاراً.

دِرْهَمٌ أَو سُكَّرٌ نُثِرَ فَوَقعَ على ثوبٍ.

فإِنْ أعدَّه صَاحبُه لذَلِك، أَو كَفَّهُ بعَد السُّقُوط، أَو أغلَق بَابَ الدَّارِ بعدَ الدُّخُول.. مَلَكَهُ، وَلَيْسَ للْغَيْرِ أَخذُه، كَمَا لَو عسّلَ النَّحْلُ فِي أرضِهِ، أَو نبتَ فِيهَا شجرٌ، أَو اجْتَمَع تُرَابٌ بجريانِ المَاءِ.

(**وإن فرخ طير أو باض في أرض**) رجل (**أو تكنس ظبي.. فهو لمن أخذه**)؛ لأنه مباح سبقت يده إليه فيملكه، ولأنه صيد، فيكون لمن أخذه، والبيض في معنى الصيد؛ لأنه أصله، ولهذا يجب الجزاء على المحرم بكسره أو شيّه.

والتكنس التستر، ومعناه في الأصل: دخل في الكناس وهو موضع الظبي، هذا إذا لم يعدَّ صاحب الأرض أرضه للصيد، وأما إذا أعدها لها بأن حفرها ليقع فيها أو غير ذلك مما يصطاد به.. فهو له على ما سيصرح به.

(**وكذا**) أي: لمن أخذه (**صيد تعلق بشبكة منصوبة للجفاف**) أي: لا للصيد، (**أو دخل**) أي: الصيد (**داراً**) لرجل (**أو درهم أو سكر نثر فوقع على ثوب**) رجل لم يعده لذلك (**فإن أعده**) أي: كلاً من الشبكة والدار والثوب (**صاحبه لذلك**) أي: للصيد والدرهم والسكر (**أو كفه**) أي: ضمه (**بعد السقوط**) في ثوبه أو شبكته، (**أو غلق باب الدار بعد الدخول.. ملكه**)؛ لأنه صار مستعداً له بإعداده فيضاف الحكم إليه.

(**وليس للغير أخذه**)؛ لأنه صار ملكاً للمستعد له حكماً.

(**كما لو عسل النحل في أرضه**)؛ فإن العسل لصاحب الأرض؛ لأنه من إنزالها؛ لقيامه بها على وجه القرار.

(**أو نبت فيها شجر أو اجتمع تراب بجريان الماء**)؛ لما ذكرناه من أنه من إنزال الأرض.

قال أبو القاسم: الأصل في جنس هذه المسائل: أن الشجر إنما يستحق بالغرس أو بملكية البناء له أو بالأرض، ولهذا قالوا: لو كان نهر بين رجلين، وعلى ضفته أشجار، كل واحد منهما يدعيها؛ فإن عرف غارسها.. فهي له، وإن لم يعرف غارسها.. فما كان في موضع مملوك لكل واحد منهما خاصة.. فهو له، وما كان في موضع مشترك.. فهو بينهما بالحكم.

ومن كان له أشجار على ضفة نهر ونبت من عروقها أشجار في الجانب الآخر من النهر، ولرجل في هذا الجانب كرم، بينه وبين هذا الجانب طريق، فادعى كل واحد منهما هذه الأشجار؛ فإن عرف أنها تنبت من عروق تلك الأشجار.. فهي له.

وإن لم يعرف ذلك ولا عرف غارسها.. فتلك الأشجار غير مملوكة لا يستحقها صاحب الكرم، ولا صاحب الأشجار.

وفي «فتاوى الفضلي»: نبتت شجرة أو زرع في أرض إنسان من غير أن يغرسه ويزرعه أحد.. فهو لصاحب الأرض؛ لأنه متولد من أرضه.

وفي «فتاوى العتابي»: لو رفع الأكار الحنطة فتناثرت الحبات في الأرض فنبت الزرع فسقاه الأكار حتى استحصده.. فهو بينهما على شرطهما، وإن نبت فسقى ربّ الأرض.. فكلّه له، وضمن الأكار نصيبه من الحبات إذا كان لها قيمة، وإن سقاها أجنبي.. فلا شيء له، والزرع [١٣٤/أ] بين رب الأرض والأكار، وفي «فتاوى أبي الليث»: شجرة في أرض رجل نبت من عروقها في أرض آخر؛ فإن كان صاحب الأرض هو الذي سقاه وأنبته.. فهو له، وإن كان نبت بنفسه.. فهو لصاحب الشجرة إن صدقه رب الارض أنه من عروق شجرته، وإن كذبه.. فالقول له.

نواة لرجل ذهب بها الريح إلى كرم غيره، فنبت منها شجرة..

فهي لصاحب الكرم؛ لأن النواة لا قيمة لها.

وَمَا لَا يَصحُّ تَعْلِيقه بِالشُّرُوطِ ويبطلُه الشَّرْطُ الْفَاسِدُ: البيعُ، ....

وفي «البحر» نقلاً عن «فتح القدير»: لو اتخذ في أرضه حظيرة [للسمك] فدخل الماء والسمك.. ملكه.

ولو اتخذت لحاجة أخرى؛ فمن أخذ السمك.. فهو له.

وكذا فيمن حفر الحفيرة؛ إن حفرها للصيد.. فهو له، أو لغرض آخر.. فهو للآخذ.

وكذا صوف وضع على سطح بيت فابتل من المطر، فعصره رجل؛ فإن كان وضعه للماء.. فهو لصاحبه، وإلاّ.. فللآخذ.

(**وما لا يصح تعليقه بالشرط ويبطله الشرط الفاسد:**

البيع)، قد تقدم ما يتعلق بهذه المسألة في باب البيع الفاسد، ولكن نذكره هنا أيضاً تتميماً للفائدة.

واعلم: أن الشرط على وجوه:

منها: ما يقتضيه العقد من غير اشتراط، نحو اشتراط تسليم المبيع أو تسليم الثمن، وهذا الشرط لا يوجب فساد العقد ولا يمنع تعليقه، ولذا قيّد المصنف بالشرط الفاسد.

ومنها: ما لا يقتضيه العقد، ولكن يلائم العقد ويؤكد موجبه؛ كاشتراط أن يعطي المشتري كفيلاً بالثمن، والكفيل معلوم حاضر فقبل، أو غائب فحضر قبل أن يتفرقا وكفل.. جاز البيع استحساناً.

وكاشتراط الرهن، والرهن معلوم بالإشارة أو بالتسمية، وهذا الشرط أيضاً لا يوجب فساد العقد.

ومنها: ما لا يقتضيه العقد ولا يلائمه أيضاً، ولكن الشرع ورد بجوازه كاشتراط التأجيل والخيار، وهذا الشرط لا يفسد العقد أيضاً.

ومنها: ما لا يقتضيه العقد ولا يلائمه، ولم يرد به الشرع، وليس بمتعارف، ولكن فيه منفعة للمعقود عليه:

فإن لم يكن المعقود عليه من أهل أن يستحق حقاً على الغير.. لا يفسد العقد أيضاً؛ كاشتراط أن لا يبيع، ولا يهب في بيع البهائم.

وإن كان المعقود عليه من أهل أن يستحق حقاً على الغير.. يفسد العقد؛ كاشتراط أن لا يبيع أو أن يعتق في بيع العبد؛ وكاشتراط أن يتخذ أم ولد أو يدبر في شراء الأمة، لكن بعد العتق.. ينقلب البيع جائزاً عند أبي حنيفة، حتى يجب الثمن على المشتري.

لا عندهما، حتى يجب القيمة عليه عندهما.

وإن كان في ذلك الشرط منفعة لأحد العاقدين.. يفسد البيع؛ كاشتراط أن يقرض أحد العاقدين للآخر.

ولو شرطا شرطاً فيه ضرر نحو إن شرطا أن يقرض البائع أجنبياً ألف درهم؛ قالوا: لا يفسد، وقال القدوري [١٣٤/ب]: إنه يفسد.

ولو شرطا شرطاً ليس فيه منفعة، ولا مضرة؛ نحو: إن اشترى طعاماً بشرط أن يأكله، أو ثوباً بشرط أن يلبسه؛ عن أبي يوسف: أنه لا يفسد. كذا في «الخلاصة» و «البزازية»، وتمامه فيهما.

وفيهما أيضاً نقلاً عن «شرح الطحاوي»: تعليق الإطلاقات بالخطر كالتوكيل وإذن العبد والطلاق: يجوز، لا تعليق التمليك؛ كالبيع والهبة والصدقة والإبراء عن الدين وعزل الوكيل، لكن تعليق الإبراء عن الدين بأمر كائن يجوز؛ كقوله: «قضيت دينك لفلان»، فقال الدائن: إن كنت قضيت.. فقد أبرأتك.

ثم ذكر أن العقود التي يتعلق تمامها بالقبول أقسام ثلاثة:

قسم يبطله الشرط الفاسد وجهالة البدل، وهي مبادلة المال بالمال؛ كالبيع والإجارة والقسمة والصلح عن دعوى المال.

وقسم لا يبطله الشرط الفاسد ولا جهالة البدل، وهو معاوضة المال بما ليس بمال؛ كالنكاح والخلع والصلح عن دم العمد.

وقسم له شبه بالبيع والنكاح، وهو الكتابة؛ يبطلها جهالة البدل، ولا يبطلها الشرط الفاسد.

وإذا جمع بين شيئين فضل العقد في أحدهما:

ففي القسم الأول: لا يجوز؛ سمي لكل واحد منهما بدلاً أو لم يسمّ.

وفي القسم الثاني: يجوز على كل حال.

وفي القسم الثالث: إن سمى لكل واحد منهما بدلاً.. جاز، وإلا.. فلا. انتهى.

ثم اعلم: أن التفصيل المذكور في عدم صحة تعليقه بالشرط.. ليس على إطلاقه، بل فيما إذا باع بكلمة «على».

وأما إذا باع بكلمة «إن».. فالبيع باطل مطلقاً على ما صرح في «الخلاصة» و«البزازية»؛ حيث قالا: إذا باع بكلمة «على».. فعلى ما ذكرنا؛ أما إذا قال: بعت إن كان كذا.. فالبيع باطل؛ سواء كان الشرط نافعاً أو ضاراً، إلا في صورة واحدة وهي ما إذا قال: بعت إن رضي به فلان؛ قال الحاكم الشهيد: إذا وقت بثلاثة أيام.. يعني الخيار. انتهى.

وقال في «الأشباه»: وتعليق البيع بالشرط بكلمة «إن» باطل، إلا إذا قال: بعت إن رضي أبي، ووقته كخيار الشرط.

وبكلمة «على» صحيح إن كان مما يقتضيه العقد، أو ملائماً له، أو جرى العرف به، أو ورد الشرع [به]، أو كان لا منفعة فيه لأحدهما. انتهى.

فإطلاق المصنف: محمول على التعليق بكلمة «إن»، ثم الحاكم الشهيد يريد أن

وَالْإِجَازَةُ، وَالْقِسْمَةُ، ....

الصورة المذكورة من قبيل اشتراط الخيار للأجنبي، وذلك جائز على ما تقدم في باب الخيار، فكذا هذه الصورة.

وفي «الفصولين»: لو قال: بعته بكذا إن رضي فلان.. جاز البيع والشرط جميعاً. انتهى.

لا بد أن يقيد، هذا بما قيده الحاكم الشهيد من التقييد بثلاثة أيام؛ يعني: الخيار، وإلا.. فلا.

(والإجازة) أي: الإجازة بالبيع؛ بأن باع فضولي عبده، فقال: أجزته بشرط أن تقرضني أو تهديني، وكذا كل عقد لا يصح [١٣٥/أ] تعليقه بالشرط إذا انعقد موقوفاً.. لا يصح تعليق إجازته بالشرط، حتى النكاح والقسمة والإجارة وغيرها من الأحكام المذكورة، على ما صرح به في «البحر».

ويدل عليه: ما في «الخلاصة» حيث قال: تعليق الإجازة بالشرط باطل بأن قال: إن زادني في الثمن.. فقد أجزت البيع.

وفي «الفصول» سئل الإمام فخر الدين عمّن زوّج ابنته البالغة بغير رضاها، ثم بلغها الخبر فقالت: أجزت إن رضيت أمي، قال: الإجازة باطلة؛ لأن التعليق يبطل الإجازة اعتباراً بابتداء العقد. انتهى كلام «الخلاصة».

(والقسمة)؛ لأن فيها مبادلة مال بمال، فلا يجوز تعليقها بالشرط؛ لأنها في معنى البيع لتلك المبادلة، وقد نهينا عن بيع وشرط.

صورتها: أن يقتسموا داراً مشتركة، وشرطوا رضاء فلان بأن قال: اقتسمناها إن رضي فلان.. فسدت القسمة. كذا في «البحر» نقلاً عن «العيني».

واعترض عليه: بما تقدم من أن البيع يصح تعليقه برضاء فلان، ويكون بشرط خيار إن وقته بثلاثة أيام، والقسمة في معنى البيع، لكن لا يجوز تعليقها بهذا الشرط.

وقد يجاب عنه: بأن هذا مبني على جريان خيار الشرط في القسمة وعدمه.

وَالْإِجَارَةُ، ....

ففي «الولوالجية»: وأما خيار الرؤية والشرط.. فثبت في قسمة لا يجبر الآبي عليها، وهو القسمة في الأجناس المختلفة، وأما في كل قسمة يجبر الآبي عليها؛ كالقسمة في ذوات الأمثال في الجنس الواحد.. فإنه لا يثبت فيها. انتهى.

فالصورة المذكورة إنما تستقيم في قسمة لا يثبت فيها خيار الشرط.

ومن صورها أيضاً: ما إذا اقتسموا التركة على أن يكون الدين لأحدهما والعين والعروض للآخر بشرط إن نوى عليه شيء من الديون يرد عليه نصفه.. فالقسمة فاسدة.

ومن صورها أيضاً: ما إذا اقتسموا داراً على أن يشتري أحدهما من الآخر داراً له خاصة بألف درهم.. فهي فاسدة.

وكذا كل قسمة على شرط هبة أو صدقة.

قلت: لا بد أن يقيد بشرط غير معروف، وإلاّ.. فتعليق القسمة بشرط متعارف جائز؛ كما إذا اقتسما داراً على أن يكون لأحدهما حق وضع الجذوع على حائط وقع في نصيب صاحبه.. جاز؛ للتعامل. كذا في «القنية».

(والإجارة)؛ لأن فيها تمليك المنفعة في مقابلة الأجرة، فيفسدها التعليق.

ومن صورها: أجر داره على أن يقرضه المستأجر، أو يهدي إليه، أو إن قدم زيد.

ومن صورها أيضاً: استأجر حانوتاً احترق، كل شهر بكذا على أن يعمره، ولا يحتسب ما ينفقه من الأجرة؛ لأن شرط العمارة على المستأجر.. يفسد العقد.

وهل يجوز تعليقها بزمان مستقبل مثل مجيء الغد ورأس الشهر الآتي؟

قال [١٣٥/ب] في إجارات «قاضي خان»: لا يجوز عند عامة العلماء.

وقال في باب الإجارة المضافة من «القنية»: ولو قال: إذا جاء غد فقد أجرتك هذه الدار.. فباطل؛ لأنه تعليق بخطر.

وَالرَّجْعَةُ، ....

وقال أبو بكر: يجوز، ولا يعد هذا خطراً في الإجارة، وبه يفتى.

وعن ابن سماعة عن أبي يوسف قال: أجرتك داري بكذا إذا أهل شهر كذا.. جاز، ولا يجوز هذا في البيع. انتهى.

فعلم منه: أن تعليق الإجارة بمجيء الزمان المستقبل مثل مجيء الغد أو برأس الشهر: جائز على المفتى به؛ لأنه وقت مجيء لا محالة.

وإما تعليقه بشرط آخر.. فلا يجوز بالاتفاق.

وأما الكلام في إضافتها إلى الزمان المستقبل.. فسيأتي في آخر كتاب الإجارة.

وهل يجوز تعليق فسخ الإجارة بزمان مستقبل؟

قيل: يجوز، وقيل: لا، وعليه الفتوى، كما في «قاضي خان»، ولم يذكره المصنف.

(والرجعة) هكذا جعلها في «الكنز» من قبيل ما لا يصح تعليقه بالشرط ويبطله الشرط الفاسد، وقال العيني في «شرح الكنز»: صورتها: قال لمطلقته الرجعية: راجعتك على أن تقرضيني كذا، أو إن قدم زيد؛ لأنها استدامة الملك، فتكون معتبرة بابتدائه، فكما لا يجوز تعليقه بالشرط ابتداء.. لا يجوز انتهاء أيضاً.

واعترض عليه في «البحر»: بأن هذا سهو ظاهر وخطأ صريح؛ لأن النكاح - وهو ابتداء الرجعة - لا يبطل بالشرط الفاسد، وإن كان لا يصح تعليقه.. فكيف تبطل الرجعة بالشرط الفاسد؟!

فالصواب: أن يذكر الرجعة فيما لا يبطل بالشرط الفاسد، ولا يصح تعليقه به كالنكاح حتى يصح اعتبارها بالنكاح.

قال: والمصنف لم ينفرد بذكرها في هذا القسم؛ أي: ما يبطل بالشرط الفاسد، ولا يصح تعليقه به، بل ذكره كذلك في «الخلاصة» و «البزازية» و«العمادي»

وَالصُّلْحُ عَنْ مَالٍ، ....

و«الفصولين»، ولم أر أحداً نبه على هذا، وقد توقفت في تخطئة هؤلاء الفضلاء، ثم جزمت بتخطئتهم، وكان يجب أن تذكر الرجعة مع النكاح في القسم الثاني. انتهى.

قلت قال في الفصل الخامس من بيوع «الخلاصة»: وفي طلاق «الأصل»: تعليق الرجعة بالشرط باطل، وكذا إضافتها إلى وقت في المستقبل كالنكاح؛ نحو ما إذا قال: إذا جاء غد فقد راجعتك، وإنما يحتمل التعليق بالشرط ما يجوز أن يحلف به، ولا يحلف بالرجعة. انتهى.

فهذا يؤيد الاعتراض المذكور؛ حيث جعل الباطل تعليق الرجعة بالشرط لا نفس الرجعة، وبعد هذا ذكر الرجعة فيما يبطل بالشرط الفاسد، ولا يصح تعليقها بالشرط.

في كلام «الخلاصة» نظر من وجهين:

أحدهما: المنافاة بين كلاميها.

وثانيهما: جعلها من القسم الأول لا من القسم الثاني.

(**والصلح عن مال**) بمال، وهذا لأنه في معنى البيع [١٣٦/أ] لما فيه من مبادلة مال بمال، فيبطل بالتعليق بالشرط مثل البيع.

وإطلاقه يشعر بعدم صحة تعليق مطلق الصلح عن مال بمال على ما هو الظاهر من إطلاق «الخلاصة» و «البزازية» أيضاً.

لكنه قال في «البحر»: اعلم: أن الصلح إنما يكون بيعاً معنى إذا كان البدل خلاف جنس المدعى به، وأما إذا كان على جنسه.

فإن كان بأقلّ من المدّعى.. فهو حط وإبراء.

وإن كان بمثله.. فهو قبض واستيفاء.

وإن كان بأكثر منه.. فهو فضل وربا.

فينبغي أن يخصص الصلح ههنا بما يكون على خلاف الجنس.

وَالْإِبْرَاءُ عَنِ الدَّينِ، وعزلُ الْوَكِيلِ،

(والإبراء عن الدين) بأن قال: أبرأتك عن ديني إن قدم فلان، وهذا لأنه تمليك من وجه حتى يرتد بالرد، وإن كان فيه معنى الإسقاط، فيعتبر بالتمليكات.. فلا يجوز تعليقه بالشرط، ويبطل به كسائر التمليكات.

قيّد بالدين؛ لأن الإبراء عن الكفالة يصح تعليقه بشرط ملائم كقوله: إن وافيت به غداً فأنت بريء، فوفاه به.. برئ من المال.

وقيل: لا يصح.

والأول هو المختار، على ما صرّح به المصنف في الكفالة؛ حيث قال فيها: لا يصح تعليق البراءة عن الكفالة بالشرط كسائر البراءات، والمختار: الصحة.

واعلم: أن المصنف أطلق الكلام، ولا بد من التقييد بشرط غير متعارف؛ لأن تعليق الإبراء عن الدين بشرط متعارف بكلمة «على» جائز على ما صرح به في «البحر»، واستدل عليه بمسألة نقلها عن «القنية»، وبمسائل نقلها عن كتاب الهبة من «قاضي خان» ونذكرها في آخر كتاب الهبة.

لكنه جعل في «البحر» قوله: «أبرأتك عن ديني على أن تخدمني شهراً» من قبيل عدم صحة التعليق بالشرط مثل قوله: أبرأتك عن ديني إن قدم فلان.

قلت: فيه نظر، بل الظاهر أنه تعليق الإبراء بشرط ملائم بكلمة «على»، فيكون جائزاً.

(وعزل الوكيل) بأن قال لوكيله: عزلتك على أن تهدي إلي شيئاً، أو إن قدم فلان؛ لأنه ليس مما يحلف به، فلا يجوز تعليقه بالشرط.

كذا ذكره في «البحر» نقلاً عن «العيني».

ثم قال: وتعليله يقتضي عدم صحة تعليقه، وأما كونه يبطل بالشرط الفاسد.. فلا دليل عليه من هذا، وعندي: أن هذا خطأ أيضاً؛ لأن عزل الوكيل ليس من هذا

القبيل، وإنما هو من قبيل القسم الثاني، وهو ما لا يصح تعليقه بالشرط ولا يبطل بالشرط الفاسد؛ كما تقدم في الرجعة.

وقد ذكر في «الفصولين» عزل الوكيل من قسم ما لا يصح تعليقه بالشرط ويبطل بالشرط الفاسد في رواية، والدليل عليه: أنهم قالوا: إن الذي يبطل بالشرط الفاسد ما كان من باب التمليك، والعزل ليس منه، وهذا هو الحق، فيجب إلحاقه [١٣٦/ب] بالقسم الثاني. انتهى كلام «البحر».

قال في «الخلاصة» و«البزازية»: عزل الوكيل لا يتحمل التعليق بالشرط على رواية الإمام السرخسي.

وفي رواية «الصغرى»: تعليق عزل الوكيل بالشرط صحيح. انتهى.

المصنف وغيره عزل الوكيل من القسم الأول، ففيما لا يصح تعليقه بالشرط ويبطل بالشرط الفاسد.. لا يصح على كلا الروايتين:

أما على رواية «الصغرى»: فظاهر؛ لأنه في هذه الرواية مما يصح تعليقه بالشرط كما ترى.

وأما على رواية الإمام السرخسي: فلأنه جعله مما لا يصح تعليقه بالشرط، وسكت عليه ولم يصرح أنه يبطل بالشرط الفاسد.

ولا يلزم من عدم تعليقه بالشرط بطلانه بالشرط الفاسد، فيكون على رواية الإمام السرخسي من قبيل ما لا يصح تعليقه ولا يبطل بالشرط الفاسد، على ما ذكره في «البحر».

ثم: إنما قيد بالوكيل لأن في صحة تعليق عزل القاضي اختلافاً:

ففي «الفصولين»: إذا أتاك كتابي هذا فأنت معزول.. ينعزل بوصوله.

وقيل: لا. انتهى.

وَالِاعْتِكَافُ،

ثم جعله من قسم ما لا يصح تعليقه بالشرط ولا يبطل بالشرط الفاسد، وهو مختار المصنف أيضاً.

وفي «الخلاصة»: وعزل القاضي والنكاح.. لا يصح تعليقه ولا إضافته، لكن لا يُبطِلُ بالشرطَ، بل ويبطل الشرط.

وكذا الحجر على المأذون.. لا يبطل بالشرط ويبطل الشرط. انتهى.

(والاعتكاف) بأن قال: لله علي أن أعتكف إن شفى الله مرضي، أو إن قدم زيد، وهذا لأنه ليس مما يحلف به؛ كعزل الوكيل.. فلا يصح تعليقه بالشرط. كذا ذكره في «العيني».

فعلم منه: أن المراد بالاعتكاف ههنا: النذر به، وإيجابه على نفسه ليكون قولاً يمكن تعليقه بالشرط، على ما صرّح به في «البحر».

ويدل عليه ما في «الخلاصة» قال فيها نقلاً عن صوم «الأصل»: تعليق إيجاب الاعتكاف بالشرط لا يصح، ويلزمه. انتهى.

فدل كلام «الخلاصة» على أمرين:

أحدهما: أن المراد بالاعتكاف ههنا: إيجابه عليه.

والثاني: ما لا يصح تعليقه بالشرط ولا يبطل الفاسد، بل الشرط يبطل ويلزمه الاعتكاف كما جعله المصنف وغيره.

وقال في باب الاعتكاف من «القنية» بعلامة الإمام الخجندي: قال: لله علي اعتكاف شهر إن دخلت الدار، ثم دخل.. فعليه اعتكاف شهر عند علمائنا. انتهى.

فعلم منه: أن الاعتكاف مما يصح تعليقه بالشرط، ولا يبطل بالشرط، بل يلزم عند وجود الشرط، ولا يكون في شيء من القسمين؛ أعني: ما لا يصح تعليقه بالشرط ويبطل بالشرط الفاسد، وما لا يصح تعليقه به ولا يبطل به أيضاً، بل يكون من قبيل ما يصح تعليقه بالشرط [١٣٧/أ].

والمزارعةُ، ....

ويدل عليه أيضاً: ما ذكره في «فتح القدير»: أن الاعتكاف الواجب: هو المنذور تنجيزاً أو تعليقاً؛ فإنه صريح في صحة تعليقه بالشرط.

وقال العيني في شرح «الهداية» من باب الاعتكاف: الاعتكاف الواجب: أن يقول: لله علي أن أعتكف يوماً أو شهراً أو يعلقه بشرط؛ فيقول: إن شفى الله مريضي، فهذا أيضاً صريح في أنه يصح تعليقه بالشرط.

فعلم أن بين كلامي العيني منافاة، فصار حاصل الاختلاف في الاعتكاف ههنا على ثلاثة أقوال:

فعلى ما ذكره صاحب «الخلاصة» ثانياً والمصنف و«الكنز» والشروح ههنا: أنه من قبيل ما لا يصح تعليقه بالشرط ويبطل بالشرط الفاسد.

وعلى ما ذكره «الخلاصة» نقلاً عن «الأصل»: أنه من قبيل ما لا يصح تعليقه بالشرط ولا يبطل بالشرط الفاسد، بل يلزم ويبطل الشرط.

وعلى ما ذكره «القنية» و«فتح القدير» والعيني في شرح «الهداية»: أنه من قبيل ما يصح تعليقه بالشرط ولا يبطل به، وهو الصواب؛ لأنهم أجمعوا على صحة تعليق المنذور من العبادات مطلقاً؛ أيَّ عبادة كانت، حتى نذر الوقف، وهذا ليس أول قارورة كسرت في الإسلام، ولقد بالغ في «البحر»، وتخطئتهم في هذه المسألة.. فارجع إليه.

(والمزارعة) بأن قال: زارعتك أرضي على أن تقرضني كذا، أو إن قدم فلان، وهذا لأنها إجارة.. فلا يصح تعليقها بالشرط كالإجارة. كذا في «العيني».

وذكر في مزارعة «الخلاصة» فروعاً كثيرة تبنى كلها على إفساد التعليق بالشرط، ثم قال: هذا كله إذا كان الشرط نافعاً لأحدهما؛ أما إذا كان شرطاً ليس بنافع لأحدهما؛ كما لو شرطا أن لا يبيع أحدهما حصته.. لا تفسد المزارعة، ثم فيما إذا

والمعاملةُ، وَالْإِقْرَارُ، ....

كان الشرط مفسداً لو أبطلا الشرط؛ إن كان في صلب العقد.. لا ينقلب جائزاً، وإلا.. ينقلب جائزاً. انتهى.

ومنه علم: أن ما ذكره في كتاب البيع نقلاً عن مزارعة «الأصل»: المزارعة تبطل بالشروط الفاسدة، ليس على إطلاقه بل مقيدة بالشروط النافعة لأحدهما.

(والمعاملة)، والمراد بها: المساقاة على ما في «البحر» بأن قال: سقيتك شجري أو كرمي على أن تقرضني كذا، أو إن قدم زيد، وهذا لأنها إجارة أيضاً على ما في «العيني».

(والإقرار) قال في «الخلاصة»: تعليق الإقرار بالشرط باطل؛ بأن قال: لفلان علي ألف درهم إن أمطرت السماء، أو إن هبت الريح، ولو قال: له علي ألف درهم إن مت.. لزمه الألف؛ عاش أو مات. انتهى.

وفي «العيني»: قال لفلان: علي ألف درهم إن أقرضني كذا، أو إن قدم زيد.. لا يصح؛ لأنه ليس مما يحلف به، فلا يصح تعليقه بالشرط، بخلاف ما إذا علق [١٣٧/ب] بموته أو بمجيء الوقت.. فإنه يجوز، فيلزمه للحال.

وذكر في «الزيلعي» في باب الاستثناء من كتاب الإقرار: إن الإقرار لا يحتمل التعليق بالشرط، حتى إذا قال: لفلان عليّ درهم إن شاء الله أو إن شاء فلان.. كان الإقرار باطلاً وإن شاء فلان؛ لأنه علقه بشرط في وجوده خطر، والإقرار لا يحتمله؛ لأن التعليق يمين، والإقرار لا يحلف به؛ لأنه خبر متردد بين الصدق والكذب؛ فإن كان صدقاً.. لا يصير كذباً بفوات الشرط، وإن كان كذباً.. لا يصير صدقاً بوجود الشرط.. فلا يليق به أصلاً، وإنما التعليق فيما هو إيجاب لتعيين أنه ليس بواقع ما لم يوجد الشرط ، وكذلك كلّ إقرار علق بالشرط؛ نحو قوله: إن دخلت الدار، أو أمطرت السماء، أو هبت الريح، أو إن قضى الله تعالى أو أراده أو رضيه أو قدره أو يسره، أو إن سرت بذلك.. فهذا كله وما يشاكله يبطل الإقرار إذا كان موصولاً؛ للمعنى الذي تقدم.

بخلاف ما لو قال: اشهدوا أن له علي ألف درهم إن مت.. فإنه يلزم عليه مات أو عاش؛ فإن هذا ليس بتعليق بشرط في وجوده خطر؛ لأن موته كائن لا محالة، وإنما مراده: الإشهاد على المال المقر به؛ لئلا تبقى ذمته مشغولة بدين بعد موته إذا جحدت الورثة، فيكون راجعاً إلى تأكيد الإقرار، فيلزمه المال؛ مات أو عاش.

وكذا إذا قال: علي ألف درهم إذا جاء رأس الشهر أو أفطر الناس أو أضحى؛ لأن هذا ليس بتعليق أيضاً؛ لما ذكر.

هكذا ذكره في «النهاية».

وذكر في «المحيط» في باب تعليق الإقرار بالشرط هذه المسألة فقال: أصله: أن تعليق الإقرار بالشرط باطل والمال لازم؛ لأن الإقرار: إخبار عن كائن سابق، والكائن لا يعلق بالشرط، وإنما يعلق بالشرط غير الكائن ليصير كائناً عند وجود الشرط؛ ولأنه إخبار متردد بين الصدق والكذب؛ فإن كان صدقاً.. لا يصير كذباً بفوات الشرط، وإن كذباً.. لا يصير صدقاً بوجود الشرط، فلا فائدة في وجود الشرط.

قلنا: تعليق الإقرار بالشرط إذا كان الشرط مبيناً كحلول الأجل والموت ومجيء الغد.. فيصحّ تعليقه بذلك الشرط؛ لأنه لا يراد به الإخبار عن محل الأجل. هكذا ذكره في مسائل «المبسوط».

وذكر في «النهاية» في أوائل هذه المسألة معزياً إلى «المبسوط» فقال: لو قال: غصبت منك هذا العبد أمس إن شاء الله تعالى.. لم يلزمه شيء استحساناً.

والقياس: أن استثناءه باطل؛ لأن ذكر الاستثناء بمنزلة ذكر الشرط، وذلك إنما يصح في الإنشاءات دون الإخبارات، ولكنه استحسن فقال: الاستثناء [١٣٨/أ] مخرج للكلام من أن يكون عزيمة، لا أن يكون في معنى الشرط، وهذا يشير إلى ما قال في «المحيط» انتهى كلام الزيلعي.

وقال في «البحر»: وقد حكى الشارح الزيلعي الاختلاف فيما إذا علق الإقرار بشرط في كتاب الإقرار، فنقل عن «النهاية» كما ذكر ههنا: من أنّ الإقرار المعلق بشرط باطل.

ونقل عن «المحيط»: إن الإقرار صحيح والشرط باطل.

ونقل عن «المبسوط» ما يشهد لـ«المحيط»، فظهر ترجيح ما في «المحيط». والحق: تضعيفه؛ لتصريحهم هنا بأن الإقرار لا يصح تعليقه بالشرط وأنه يبطل بالشرط الفاسد. انتهى.

أقول: في كل من كلام «الزيلعي» و«البحر» بحث.

أما في كلام «الزيلعي»: فلأنه زعم أن بين كلامي «النهاية» و«المحيط»، مخالفة، ثم أيد كلام «المحيط» بمسألة «المبسوط»؛ حيث قال: وهذا يشير إلى ما قال في «المحيط»، والحال: أنه لا مخالفة بين كلاميهما؛ لأن حاصل كلام «النهاية»: أن الإقرار المعلق بالشرط على قسمين:

أحدهما: وهو المعلق بشرط غير مبين؛ مثل: إن شاء الله، وإن شاء فلان وإن قدم زيد ونحوها مما في وجوده خطر، وفي هذا القسم لا يبطل الإقرار المعلق.

والثاني: هو المعلق بشرط مبين؛ أي: كائن لا محالة، وفي هذا القسم لا يبطل الإقرار المعلق، بل يلغو الشرط كما في نحو: له علي ألف إن مت.

صاحب «المحيط» لم يذكر ما يخالف هذا، بل حكم أن الشرط في القسم الثاني لغو والمال لازم حيث قال: «فلا فائدة في وجود الشرط، فلغا تعليق الإقرار بالشرط إذا كان الشرط مبيناً؛ كحلول الأجل والموت» بعد أن ذكر أولاً أن تعليق الإقرار بالشرط باطل والمال لازم.

وأما في كلام «البحر»: فلأنه لم يتفطن سهو «الزيلعي» ورضي ما زعمه الزيلعي من المخالفة بين كلام «النهاية» و«المحيط»، وظن أنها واقفة، ثم ضعف ما في

وَالْوَقْفُ...

«المحيط». وقد عرفت أن لا مخالفة بينهما.

(والوقف) بأن قال: وقفت داري إن قدم فلان، أو إن أخبرتني بقدوم فلان، أو إن رضي فلان ونحو ذلك، وهذا لأنه لا يحلف به.. فلا يصح تعلقه بالشرط.

وفي «فتح القدير»: إن قدم ولدي فداري صدقة موقوفة على المساكين، فجاء ولده.. لا تصير وقفاً.

والوجه: ما ذكرناه، على ما في «العيني» و«الإسكاف».

وفي «الخلاصة»: رجل ذهب له شيء، فقال: «إن وجدته فلله علي أن أقف أرضي على ابن السبيل» فوجده.. هل يجوز أن يقفه على وارثه في حياته وصحته، أو على أقربائه الذين لا يرثون منه؟

قال: هذا نذر منه؛ فإذا لزمه.. جاز أن يقفه على ما أراد، ولا يجوز على من لا يجوز له أن يعطيه زكاة ماله؛ فإن وقف على ولده.. جاز في الحكم، ونذرّه باق.

ولو قال [١٣٨/ب]: إن متّ من مرضي هذا فقد وقفت أرضي، ثم إنه برئ من مرضه، فأراد أن يرجع عن ذلك ويبيعها.. فله ذلك، ولو مات من مرضه.. لا يصير موقفاً، وتعلق الوقف بالشرط لا يصح. انتهى كلام «الخلاصة».

وفي «العمادي»: تعليق الوقف بالشرط لا يصح في رواية، وهذا يدل على أن فيه اختلافاً، لكن إطلاق المتون والشروح هنا يشعر بالاتفاق.

وفي «مختصر القدوري»: إذا علق الوقف بموته.. صح بأن قال: إذا مت فقد وقفت داري على كذا.

إذا وقف على أنه بالخيار ثلاثة أيام.. عن أبي يوسف: إن الوقف صحيح والشرط باطل.

وقال هلال: كلاهما باطل. كذا في «الخلاصة».

والتحكيمُ عِنْد أَبِي يُوسُفَ، خلافاً لمُحَمدٍ.

(و) كذا (**التحكيم عند أبي يوسف، خلافاً لمحمد**) بأن يقول المحكمان: إذا أهلّ شهر.. فاحكم بيننا.

وفي «الخلاصة»: تعلق التحكيم من اثنين لإنسان بالخطر أو مضاف إلى وقت في المستقبل.. صحيح عند محمد، وعند أبي يوسف لا يصح، وعليه الفتوى.انتهى.

ووجه أبي يوسف: أن التحكيم تولية صورة وصلح معنى، فباعتبار أنه صلح: لا يصح تعليقه ولا إضافته إلى وقت مستقبل، وباعتبار أنه تولية: يصح، فلا يصح بالشك والاحتمال. كذا في «البحر».

فصار المعدود من هذا القسم أربعة عشر.

وفي «البزازية»: وإبطال الأجل يبطل بالشرط الفاسد إن قال: «كلما حلّ نجم»، ولم يؤدِّ، فالمال حال.. صح، فصارت حالاً. انتهى.

وفيه بحث؛ لأنه بيان لا يوافق المبين؛ لأن المبين يقتضي بقاء الأجل؛ لأن بطلان الأجل يقتضي البقاء، كما أن نفي النفي يفيد الإثبات، وبيانه يقتضي خلاف ذلك.

هذا، وكلام «الخلاصة» في هذه المسألة أولى من كلام «البزازية»؛ حيث قال فيها: وإبطال الأجل يبطل بالشرط الفاسد، ولو قال: كلما دخل نجم ولم يؤدِّ؛ فالمال حال.. صح، والمال يصير حالاً. انتهى.

انظر: إنه لم يجعل قوله: «لو قال: كلما دخل نجم» بياناً لما قبله كما جعله في «البزازية» كذلك بالباء البيانية، بل جعله في «الخلاصة» مسألة مستقلة، فكان المذكور في «الخلاصة» مسألتين على ما صرح به في «البحر» لا مسألة واحدة، وبهذه المسألة صارت مسائل القسم الأول خمسة عشر.

واختلف في تعليق إبطال الشفعة بالشرط؛ قيل: يصح، وقيل: لا يصح، وصحح قاضي خان في «فتاواه» الأول، واختاره في «الأشباه» وعلّله في «القنية» بأنه محض

وَمَا لَا يُبطِلُهُ الشَّرْطُ الْفَاسِدُ: الْقَرْضُ، وَالْهِبَةُ، وَالصَّدَقَةُ، وَالنِّكَاحُ، ......

إسقاط، بخلاف ما لو قال المشتري للشفيع: إن سلمت إلي الثمن غداً فلك الشفعة.. فإنه لا يصح. كذا في «القنية».

(**وما لا يبطله الشرط الفاسد**) ستة وعشرون على ما ذكره المصنف:

(**القرض**) بأن قال: أقرضتك هذه المائة [١٣٩/أ] أن تخدمني شهراً، أو إن قدم فلان ونحوه.. فإنه لا يبطل بهذا الشرط؛ لأن الشروط الفاسدة من باب الربا، أو إنه يختص بالمبادلة المالية.

وفي «الخلاصة»: القرض بالشرط حرام، والشرط ليس بلازم؛ بأن يقرض على أن يكتب إلى بلد كذا حتى يوفي دينه. انتهى.

(**والهبة**) إن قال: وهبت لك هذه الجارية بشرط أن يكون حملها لي. كذا في «البحر».

وقال في «الخلاصة»: تعليق الهبة بالشرط باطل إن ذكر بكلمة «إن» وإن ذكر بكلمة «على»؛ إن كان ملائماً بأن قال: وهبتك هذا على أن تعوضني كذا.. صحت الهبة والشرط وإن كان الشرط مخالفاً.. صحت الهبة وبطل الشرط. انتهى.

فعلم منه: أن المراد بالشرط الفاسد: ما يكون بكلمة «على» ولا يكون ملائماً؛ لأن ما يكون بكلمة «إن».. يفسده، وما يكون ملائماً.. لا يكون فاسداً.

أطلق الهبة فشمل هبة العين وهبة الدين، ولا يخفى عليك: أن هذا التفصيل جار في البيع أيضاً على ما تقدم.

(**والصدقة**) بأن قال: تصدقتك إن قدم فلان، فالتصدق واقع والشرط لغو؛ لأنها تبرع، فلا يضرها الشرط الفاسد؛ لما تقدم أنه من باب الربا، وأنه يختص بالمبادلة المالية.

(**والنكاح**) بأن قال: تزوجتك على أن لا يكون لك مهر.. يصح النكاح ويلغو الشرط ويجب مهر المثل.

وَالطَّلَاقُ، وَالْخلْعُ،

وكذا لو قال: تزوجتك على أني بالخيار.. يجوز النكاح ويلغو الشرط، فلا يثبت الخيار.

قال في «الخلاصة» و«البزازية»: والنكاح لا يصح تعلقه ولا إضافته، لكنه لو علق بالشرط.. لا يبطل بالشرط، بل يبطل الشرط. هذا في التعليق بـ«على».

وأما في التعليق بكلمة «إن».. فالنكاح باطل أيضاً؛ لما في «البحر» نقلاً عن «الخانية»: قال: تزوجتك إن أجاز أبي أو رضي، فقالت: قبلت.. لا يصح؛ لأنه تعليق، والنكاح لايحتمل التعليق. انتهى.

وفي «البحر» نقلاً عن «الخانية» أيضاً: رجل تزوج امرأة على أنه مدني؛ فإذا هو قروي.. يجوز النكاح إن كان كفؤاً، ولا خيار لها.

رجل طلب من امرأة نكاحاً بمحضر من الشهود، فقالت المرأة: لي زوج، فقال الرجل: ليس لك زوج، فقالت المرأة: إن لم يكن لي زوج فقد زوّجت نفسي منك، وقبل الزوج ولم يكن لها زوج.. قالوا: يجوز هذا النكاح؛ لأن التعليق بشرط كائن: تنجيز. انتهى.

وفي تعليق النكاح على الشرط زيادة تفصيل في فصل النكاح من نكاح «قاضي خان» ذكرناه في آخر فصل المحرمات من كتاب النكاح، فارجع إليه.

(والطلاق) بأن قال: طلقتك على أن لا تتزوجي غيري.. فالطلاق واقع والشرط باطل.

وفي «الخلاصة» نقلاً عن «النوازل»: الطلاق على مال وبغير مال سواء، وهذا لأنه من [١٣٩/ب] الإسقاطات.. فلا يبطله الشرط الفاسد.

(والخلع) بأن قال: خالعتك على أن يكون لي خيار كذا مدة.. بطل الشرط ووقع الطلاق ووجب المال، وهذا لأنه طلاق، فيكون إسقاطاً والبضع ليس مقوّماً عند الخروج، فلا يتصور فيه المبادلة المالية.

وَالْعِتْقُ، وَالرَّهْنُ، والإِيصاءُ، وَالْوَصِيَّةُ، ....

وفي بعض الكتب قال: سواء كان بمال أو بغير مال.

قلت: الأولى أن يكون هذا التعميم في الطلاق على ما ذكرناه من «الخلاصة»، وهذا لأن الخلع يكون بمال.

(والعتق)، وهذا؛ لأنه إسقاط أيضاً فلا يبطله الشرط الفاسد؛ سواء كان بمال أو بغير مال على ما في «الخلاصة» و «البزازية».

(والرهن) بأن قال: رهنت عبدك عندي بشرط أن يستخدمه.. صح الرهن وبطل الشرط.

(والإيصاء) قال في الفصل الخامس من كتاب الوصية من «الخلاصة»: رجل قال لآخر: لك أجر مائة درهم على أن تكون وصيَّ.. الشرط باطل والمائة وصية له، وهو وصي، وهكذا في «البزازية» أيضاً.

ومعنى بطلان الشرط مع قوله «فهو وصي والمائة وصية له: أنها لا تكون للإيصاء، فيبطل جعلها له، وتبقى وصيته له؛ إن قبلها.. كانت له، وإلا.. فلا. كذا في «البحر».

(والوصية) بأن قال: أوصيت لك بثلث مالي إن أجاز فلان.. فالشرط باطل، والوصية صحيحة.

قال في وصية «البزازية»: وتعليق الوصية بالشرط جائز؛ لأنها في الحقيقة إثبات الخلافة عند الموت. انتهى.

ومعنى صحة التعليق: أن الشرط إن وجد.. كان للموصى له المال، وإلا.. فلا شيء له. كذا في «البحر».

ولا يخفى عليك: أنه لو جعل معنى صحة التعليق بالشرط عدم بطلان الوصية المعلقة.. لكان أولى؛ سواء وجد الشرط أو لا؛ يعني: أنه لغو والوصية صحيحة.

ويؤيده ما ذكره في «البحر» نقلاً عن «قاضي خان»: أنه لو أوصى بثلث ماله لأم ولده إن لم تتزوج فقبلت ذلك، ثم تزوجت بعد انقضاء عدتها بزمان.. فإنها تستحق الثلث بحكم الوصية. انتهى.

وجه التأييد: أنه قال: فإنها تستحق الثلث بحكم الوصية مع عدم وقوع الشرط.. فإنه دل على أن الشرط لغو وتقع الوصية المعلقة به؛ سواء وقع أو لم يقع.

وأما تأويل كلام «قاضي خان» بأن مراده بالشرط في هذه المسألة: عدم تزوجها عقيب انقضاء المدة بلا تأخير، لا عدمه إلى الموت؛ بدليل أنه قال: تزوجت بعد انقضاء عدتها بزمان؛ للاحتراز عن تزوجها عقيب الانقضاء.. فتكلف بارد.

والظاهر: ما ذكرناه في كتاب الوصية من «القنية»: قال لمديونه: إذا مت فأنت بريء من ديني عليك، قال أبو القاسم الصغار: صح وصيته، ولو قال إن مت [١٤٠/أ].. لا يبرأ؛ للمخاطرة.

فعلم منه: أن صحة تعليق الوصية بالشرط مقيد بعدم كونه بكلمة «إن»، وإلا.. فلا يصح تعليقه بكلمة «إن».

ويخالفه ما في وصية «قاضي خان» فإنه قال: رجل قال في صحته أو مرضه: إن حدث لي حدث فلفلان كذا.. عن أبي يوسف أنه قال: سمعت أبا حنيفة يقول: إن هذه وصية والحدث عندنا: الموت.

ثم قال فيه: لو قال: إن مت من مرضي هذا ففلانة - لأمته - حرة، وما كان في يدها من شيء.. فهو عليها صدقة.

قال: أرى ذلك جائزاً على وجه الصدقة، ولها ما كان جائزاً على وجه الصدقة، ولها ما كان في يدها يوم مات، وعليها البينة أن هذا كان في يدها يوم مات. انتهى.

فظهر من هاتين المسألتين: أن تعليق الوصية بالشرط بكلمة «إن» صحيح.

وَالشَّرِكَةُ، وَالْمُضَارَبَةُ، ....

ويمكن أن يقال: إن ما ذكره في «القنية» ليس مطلق الوصية، بل وصية الإبراء عن الدين؛ فإنها لا يصح تعليقها بكلمة «إن» كنفس الإبراء، بخلاف سائر الوصية.

(والشركة) بأن قال: اشتركتك على أن تهديني كذا، ومن هذا القبيل: ما في شركة «البزازية»: ولو شرط العمل على أكثرها مالاً والربح بينهما نصفين.. لم يجز الشرط، والربح بينهما أثلاثاً. انتهى.

وفي «الخلاصة»: الشركة لا تبطل بالشروط الفاسدة ويبطل الشرط.

(والمضاربة) بأن قال: ضاربتك كذا إن شاء فلان أو قدم فلان. كذا في «العيني».

فإن قيل: في مضاربة «قاضي خان»: المضاربة تفسد بأشياء:

منها: إذا شرط لأحدهما من الربح ما يقطع الشركة؛ نحو: أن يجعل له دراهم مسماة مائة أو قل أو كثر.. فسدت المضاربة.

ومنها: إذا شرط على المضارب ضمان ما هلك في يده.

ومنها: إذا شرط في المضاربة عمل رب المال مع المضارب؛ لأن ذلك يمنع التخلية بين المال والمضارب، وهي شرط في المضاربة، وكذا لو وكل رجلاً ليدفع ماله مضاربة فدفع الوكيل وشرط عمل نفسه مع المضارب وشيئاً معلوماً لنفسه من الربح.. كان ذلك فاسداً يفسد به المضاربة.

ومنها: إذا دفع الأب أو الجد أو وصي الأب مال الصغير إلى رجل مضاربة، وشرط عمل اليتيم مع المضارب.. كانت المضاربة فاسدة. انتهى.

ثم قال بعد هذا بصحيفة: رجل دفع إلى غيره مضاربة، وشرط شرطاً يؤدي إلى جهالة الربح؛ مثل: أن يشتري على أن يدفع المضارب داره إلى رب المال.. ليسكنها أو أرضه ليزرعها رب المال.. كانت المضاربة فاسدة؛ لأنه جعل نصف

الربح عوضاً عن عمله، وعن أجرة الأرض والدار، فكانت حصة العمل مجهولة. انتهى.

وقال في مضاربة «البزازية»: ولو شرط من الربح عشرة دراهم مثلاً.. فسدت المضاربة [١٤٠/ب] انتهى.

فدلت هذه المسائل على أن المضاربة تفسد بالشروط الفاسدة، فكيف يصح قولهم: المضاربة لا تفسد بالشروط الفاسدة؟!

قلنا: الجواب: يظهر بتأمل ما في «الفتاوى».

ففي «البزازية»: لا تبطل المضاربة بالشروط الفاسدة، ولو شرط من الربح عشرة دراهم مثلاً.. فسدت، لا لأنه شرط، بل لقطع الشركة.

ثم قال فيها: كل شرط أوجب جهالة الربح.. أفسدها؛ لأن الربح معقود عليه في المضاربة، وجهالة المعقود عليه في العقد تفسده.

وإن لم يوجب جهالته.. صحت وبطل الشرط؛ لأن الشرط الفاسد لا يؤثر في فسادها؛ كما لو شرط الوضيعة على المضارب؛ لأنه لا يؤدي إلى قطع الشركة في الخارج. انتهى.

وقال في «المحيط السرخسي»: كل شرط يؤدي إلى جهالة الربح.. يفسد المضاربة، وكل شرط لا يؤدي إلى جهالة الربح.. يبطل الشرط ويصح العقد؛ مثل إن شرط الوضيعة على المضارب سواء وعليهما صحت المضاربة ويبطل الشرط. انتهى.

وقال في «قاضي خان»: دفع إلى رجل مضاربة وشرط فيها أن يدفع المضارب داره إلى رب المال ليسكنها.. كانت المضاربة فاسدة؛ لأنه يؤدي إلى جهالة حصة المضارب من الربح.

وَالْقَضَاءُ، والإِمارةُ، وَالْحوالَةُ،

ولو شرط إن دفع رب المال داره إلى المضارب.. صحت المضاربة ويبطل الشرط؛ لأن المضاربة لا تبطل بالشروط الفاسدة، وتبطل بجهالة حصة المضارب من الربح.

وفي المسألة الثانية هذا شرط لا يؤدي إلى جهالة الربح؛ لأن رب المال ما شرط على المضارب شيئاً سوى العمل. انتهى.

فظهر من جملة هذا: أن الشروط الفاسدة على ثلاثة أوجه:

منها: ما يقطع الشركة في الربح.

ومنها: ما يؤدي إلى جهالة حصة المضارب من الربح، وهما واحد في المال.

ومنها: ما لا يقطع الشركة في الربح، ولا يؤدي إلى جهالة حصته في الربح.

ولا شك أن الأول والثاني: يفسد المضاربة على ما صرحوا به وقد ذكرناه، والثالث: لا يفسدها، بل يبطل الشرط.

فمرادهم بالشرط الفاسد ههنا: هو الثالث لا الأول والثاني، ومنه ظهر ضعف ما ذكر العيني من المثال الذي ذكرناه، هذا ما تيسر لي في شرح هذا المقام.

(والقضاء) بأن قال الخليفة: وليتك قضاء مكة مثلاً على أن لا تعزل أبداً.

(والإمارة) بأن قال الخليفة: وليتك إمارة الشام مثلاً على أن لا تركب.. فهذا الشرط فاسد، ولا يبطل القضاء ولا الأميرية. كذا في «البحر».

وفي «الخلاصة»: تعليق القضاء والإمارة بالشرط مثل أن قال: إن قدم فلان فأنت أمير هذه البلدة أو قاضيها.. صحيح.

(والحوالة) بأن قال: أحلتك علي بشرط أن لا ترجع علي عند التوي [١٤١/آ]. كذا في «العيني».

يعني: يبطل الشرط لا الحوالة، فيرجع عليه عند التوي.

وَالْكَفَالَةُ، ....

وفي حوالة «الخلاصة» و«البزازية»: من صور فساد الحوالة: ما إذا شرط في الحوالة أن يعطي المالَ المحالَ به المحتالَ عليه للمحتال من ثمن دار المحيل.. فإنها فاسدة؛ لأنه لا يقدر على الوفاء بالملتزم، بخلاف ما إذا التزم المحتال عليه الإعطاء من ثمن دار نفسه؛ حيث يصح؛ لأنه قادر على بيع دار؛ نفسه، ولا يجبر على بيع داره كما إذا كان قبولها بشرط الإعطاء عند الحصاد، ولا يجبر على الأداء قبل الأجل. انتهى.

فعلم: أن إطلاق المصنف وغيره ههنا ليس على ما ينبغي.

(والكفالة) قال في بيوع «الخلاصة»: تعليق الكفالة بالشرط إن كان متعارفاً.. صحت الكفالة والشرط؛ نحو أن يقول: إذا قدم المطلوب فأنا به كفيل، أو إن استحق المبيع فأنا به كفيل، وإن كان شرطاً محضاً كقوله: إن دخل فلان الدار أو إن هبت الريح أو إن جاء المطر.. لم تصح. انتهى.

الظاهر: أن ضمير «لم تصح» راجع إلى الكفالة، فكان خلاف ما حكم به المصنف من أن الشرط فاسد والكفالة صحيحة؛ حيث قال: وما لا يبطله: الشرط الفاسد.

ثم قال في «الخلاصة» أيضاً: والكفالة إلى هبوب الريح جائزة والشرط باطل. كذا في «شرح القدوري».

وقال فيه: ما جاز أن يتعلق بالشرط لا يبطله الشروط الفاسدة كالطلاق والعتاق والحوالة والكفالة.

وفي «النسفي» أيضاً: إن الشرط إذا لم يكن متعارفاً.. يبطل الشرط دون الكفالة.

وقال في «شرح الشافي»: الكفالة كالنكاح: تبطل الشرط دون الكفالة.

وفي نسخة السرخسي: الكفالة لا تبطل بالشروط الفاسدة كالنكاح، ويبطل الشرط. انتهى ما في «الخلاصة».

وهذه كلها موافق لما ذكره المصنف.

والحاصل: إن كلامهم في هذه المسألة مضطرب، قال بعضهم: إن الكفالة لم تصح بالشروط الفاسدة، بل تبطل كما ذكره في «الخلاصة» أولاً، وبعضهم: لا تبطل بالشروط الفاسدة كما ذكره ثانياً عن «شرح القدوري» و«النسفي» و«شرح الشافعي» والسرخسي.

ولنا في هذه المسألة كلام وبيان سيأتي في الكفالة.

وقال في كفالة «البزازية»: كفل بمال على أن يجعل له الطالب جعلاً؛ إن لم يكن مشروعاً في الكفالة.. فالشرط - أي: الجعل - باطل والكفالة جائزة؛ لأن الكفيل مقرض في حق المطلوب؛ فإذا شرط الجعل مع ضمان المثل فيه.. شرط الزيادة على ما أقرضه وإنه ربا، أو إن شرط فيها.. بطلت الكفالة.

وكان ينبغي أن تصح الكفالة؛ لعدم بطلانها بالشرط الفاسد، ألا ترى: أن الكفالة إلى هبوب الريح تصح ويبطل الشرط؛ لثبوت الكفالة، ولم يثبت الشرط لما له يستحق الجعل، فلا تثبت الكفالة [١٤١/ب]، وكان بطلانها من هذا الوجه لا من حيث إنه شرط فاسد.

بخلاف الهبوب؛ لأنه شرط لا ينتفع به الكفيل، وإذا خلا عن النفع.. لم يجب مراعاته؛ كما لو شرط في البيع ما لاينتفع به أحدهما. انتهى.

وقال في كفالة «قاضي خان»: ولو علق الكفالة بما هو شرط محض نحو أن يقول: إذا هبت الريح أو إذا جاء المطر أو إذا قدم فلان الأجنبي فأنا كفيل بنفس فلان.. لا يصير كفيلاً.

وكذا لو علق الكفالة بالمال بهذه الشرائط.

ولو جعل الكفالة مؤجلة إلى مجهول نحو أن يقول: كفلت به إلى هبوب الريح.. جازت الكفالة والشرط باطل. انتهى.

وَالْوكَالَةُ، وَالْإِقَالَةُ، وَالْكِتَابَةُ، ....

فعلم منه أيضاً: أن المسألة مقيدة:

بما لم يكن الشرط محضاً، وإلا.. تبطل الكفالة والشرط معاً.

وبما لم يكن شرطاً متعارفاً، وإلا.. تصح الكفالة والشرط معاً.

بل المراد بالشرط الفاسد ههنا: ما يكون غير متعارف، فحينئذٍ يبطل الشرط لا الكفالة، وهو الذي نحن بصدده هنا.

ثم الكفالة ههنا أعم من الكفالة بالنفس أو بالمال؛ لأنهما سيان في هذا الحكم على ما صرّح به في كفالة «الزيلعي».

(والوكالة) بأن قال: وكلتك على كذا شرط كذا.

وفي «البزازية»: الوكالة لا تبطل بالشروط الفاسدة؛ أي شرط كان.

(والإقالة) بأن قال: أقلتك عن هذا البيع إن أقرضتني كذا. هكذا في «البحر» نقلاً عن «العيني».

قلت: هذا مخالف لما ذكره في إقالة «البزازية» حيث قال: ولا يصح تعليق الإقالة بالشرط بأن باع ثوراً من زيد، فقال: اشتريته رخيصاً، فقال زيد: إن وجدت مشترياً بالزيادة فبعه منه، فوجد، فباعه بأزيد .. لا ينعقد البيع الثاني؛ لأنه تعليق الإقالة لا الوكالة بالشرط. انتهى.

فقد صرح الفرق بين الإقالة والوكالة، فحكم بأن الإقالة لا يصح تعلقها بالشرط وأنها تبطل بالشرط، بخلاف الوكالة، وهكذا في «الزيلعي» أيضاً؛ حيث قال: إن فسخ البيع - وهو الإقالة - معتبر بالبيع، حتى لا يجوز تعليقه بالشرط، ولا إضافته إلى الزمان كالبيع. انتهى. وهكذا في «القنية».

(والكتابة) بأن قال المولى لعبده: كاتبتك على ألف بشرط أن لا تخرج من البلد، أو على أن لا تعامل فلاناً، أو على أن تعمل في نوع من التجارة؛ فإن الكتابة فيها تصح والشرط باطل. كذا في «البحر».

وَإِذنُ العَبْدِ فِي التِّجَارَة، ....

وفي «الخلاصة» نقلاً عن «الجامع»: مكاتب اشترط عليه بأن لا يخرج من الكوفة إلا بإذن سيده.. فالكتابة جائزة والشرط باطل، وله أن يخرج؛ كما لو كاتبه على أن لا يكتسب.

ثم قال نقلاً عن «الجامع الكبير»: إذا كاتب الرجل جاريته وهي حامل على أن الولد لا يدخل في الكتابة.. فهي فاسدة.

قال: لأن الكتابة تبطل بالشرط الفاسد. انتهى.

وهذا؛ لأن الفساد فيه [١٤٢/أ] في صلب العقد، بخلاف ما في «الجامع الصغير»؛ فإن الفساد ليس في صلب العقد.. فلا يفسد العقد به، فلا بد من تقييد مسألة الكتاب هنا بما لا يكون الفساد في صلب العقد؛ كما صرح الزيلعي؛ حيث قال: إنما لا تفسد بالشروط الفاسدة إذا كانت الشروط غير داخلة في صلب العقد بأن كاتبه على أن لا يخرجه من البلدة؛ فإن الكتابة على هذا الشرط تصح ويبطل الشرط.

وأما إذا كان الشرط داخلاً بأن كاتبه على خمر أو خنزير.. فإنها تفسد.

ولو أدّى بدل الكتابة الفاسدة قبل الفسخ هل يعتق؟

ففي «قاضي خان»: أنه يعتق، فليراجع.

(**وإذن العبد في التجارة**) بأن قال لعبده: أذنت لك في التجارة على أن لا تتجر إلى شهر أو على أن تتجر في كذا.. فالشرط باطل والإذن صحيح، فيكون الأذن عاماً في الأوقات والتجارات. كذا في «البحر».

وقال في «الخلاصة»: رجل قال لأهل السوق: أذنت لهذا الصبي في التجارة، ولا أجيز ما لا يعلم إلا بإقراره.. كان على ما قال وبطل الشرط؛ وكذا لو قال للعبد ذلك.

وقال في «الخلاصة» أيضاً: الحجر على المأذون لا يبطل بالشرط، ويبطل الشرط كما في الإذن.

ودعوةُ الْوَلَد، وَالصُّلْحُ عَن دمِ الْعمدِ والجراحةِ، وَعقدُ الذِّمَّة، وَتَعْلِيقُ الرَّدِ بِعَيْبٍ أَو بِخِيَارِ شَرطٍ، ....

(ودعوة الولد)، قال في «الخلاصة»: تعليق دعواه الولد من الجارية بالشرط: صحيح؛ بأن قال: إن كانت جاريتي حاملاً فهو مني.. يثبت النسب. انتهى.

وفيه: كلّ من الشرط والدعوة صحيح ومثال المسألة ما نكره في «البحر»: قال لأمته التي ولدت هذا الولد مني إن رضيت امرأتي بذلك. انتهى.

فإن الشرط باطل والدعوة صحيحة.

(والصلح عن دم العمد) بأن صالح ولي المقتول عمداً مع القاتل على شيء بشرط أن يقرضه أو يهدي إليه؛ فإن الصلح صحيح والشرط باطل، ويسقط القصاص والإبراء عن دم العمد مثل الصلح عنه.

(و) عن (الجراحة) قال في «الخلاصة»: والصلح عن دم العمد والجراحة التي فيها القصاص حالاً أو مؤجلاً.. لا يبطل بالشرط الفاسد، وكذا جناية الغصب وجناية الوديعة والعارية إذا ضمنها رجل وشرط فيها حوالة أو كفالة.. لا يبطل بالشرط. انتهى.

وهكذا ذكره في «العمادي» وقال: بل الشرط باطل.

قيده بالعمد؛ لأن الصلح عن دم الخطأ يكون من القسم الأول؛ لأنه صلح عن مال.

(وعقد الذمة) أي: مع الإمام عند فتح قلعة بأن قال الإمام لحربي يطلب عقد الذمة: ضربت عليك عقد الذمة إن شاء فلان مثلاً.. فإن عقد الذمة صحيح والشرط باطل. كذا في «البحر».

(وتعليق الرد بعيب أو بخيار الشرط) [١٤٢/ب] بأن قال المشتري في الأول: إن وجدت بالمبيع عيباً أرده عليك إن شاء فلان مثلاً، وبأن قال من له خيار الشرط في

وعزلُ القَاضِي.

الثابت: ردت البيع أو أسقطت خياري إن شاء فلان.. فإنه صحيح والشرط باطل. كذا في «البحر».

وقال في «الخلاصة» نقلاً عن «المنتقى»: تعليق الرد بالعيب بالشرط وتعليق الرد بخيار الشرط بأن قال: إن لم أردّ هذا الثوب المعيب اليوم عليك رضيت بالعيب، وفي خيار الشرط لو قال: أبطلت خياري إذا جاء غدٌ أوغداً:

أما في الرد بالعيب.. فباطل وله الرد بالعيب، وفي خيار الشرط.. صح ما شرط. انتهى.

وقال في «الفصولين»: ولو قال المخير: إن لم أفعل كذا فقد أبطلت خياري ولم يرده اليوم.. لم يبطل خياره.

ولو لم يقله ولكنه قال: أبطلت خياري غداً، أو قال: أبطلت خياري إذا جاء غد.. بطل خياره. انتهى.

وقال في «البزازية»: وتعليق الرد بالعيب باطل، وله الرد، وفي خيار الشرط: صحيح.

(وعزل القاضي) بأن قال الإمام للقاضي: عزلتك عن القضاء إن شاء فلان.. فإنه ينعزل ويبطل الشرط؛ لأنه إسقاط، فلا يؤثر فيه الشرط الفاسد. كذا في «البحر».

وقال في «العمادي» و«الفصولين»: لو قال الإمام لرجل: إذا أتاك كتابي هذا فأنت معزول من القضاء.. ينعزل بوصوله، وقيل: لا، وبه يفتى، فاختار المصنف ما يفتى به.

واعلم: أنه ذكر ههنا جملة ما يبطل بالشروط الفاسدة وما لا يبطل بها، ولم يذكر جملة ما يصح إضافته إلى الوقت المستقبل وهي أربعة عشر، وجملة ما لا يصح إضافته إليه وهي عشرة، بل ذكرها في آخر كتاب الإجارة في مسائل منثورة فإذا وصلنا إليه.. شرحناه.

* * *

(كتاب الصرف)

(كِتَابُ الصَّرْفِ)

هُوَ بيعُ ثمنٍ بِثمنٍ، تجانَسَا، أَو لَا.

وَشُرِطَ فِيهِ التَّقَابُضُ قبلَ التَّفَرُّقِ..

(كِتَابُ الصَّرْفِ)

الصرف في اللغة: النقل والرد.

وفي الشرع: نوع خاص من أنواع البيع.

(هو بيع ثمن بثمن) أي: النقدين **(تجانسا أو لا)**، وإنما سمي هذا النوع من البيع صرفاً لأحد معنيين؛ إما للحاجة إلى النقل في البدلين من يد إلى يد؛ لأن التقابض شرط فيه والصرف: هو الزيادة لغة على ما قاله الخليل، فناسب أن يسمى صرفاً.

وفي قوله: «تجانساً أو لا» إشارة إلى أقسامه الثلاثة: بيع الذهب بالذهب، والفضة بالفضة وأحدهما بالآخر، والكل جائز بعد استجماع شرائطه.

(وشرط فيه التقابض) أي: قبض البدلين في المجلس **(قبل التفرق)** أي: بالبدن؛ لقوله ﷺ: «الذهب بالذهب، والفضة بالفضة، مثلاً بمثل، يداً بيد»، ولقول عمر رضي الله عنه: لإن استنظرك أن تدخل بيته.. فلا تنظره، ولأنه لا بد من قبض أحد العوضين احترازاً عن بيع الكالي بالكالي، فلا بد من قبض [١٤٣/أ] الآخر أيضاً؛ احترازاً عن شبهة الفضل؛ لأن النقد خير من النسيئة، والشبهة في باب الربا ملحقة بالحقيقة على ما تقدم في الربا.

ولأن أحد العوضين ليس أولى من الآخر بالقبض، فيجب قبضهما معاً.

ولا فرق في ذلك بين ما كانا يتعينان كالمضروب، أو يتعين أحدهما دون الآخر، لإطلاق ما روينا: «الذهب بالذهب»... الحديث.

والمصوغ وإن كان يتعين بالتعيين.. لكن فيه شبهة عدم التعيين؛ لكونه ثمناً خلقة، فيشترط قبضه اعتباراً للشبهة بالحقيقة في باب الربا.

والمراد بالتفرق ههنا: ما يكون بالبدن، حتى لو مشيا معاً إلى جهة واحدة، أو ناما في المجلس، أو أغمي عليهما.. لا يبطل الصرف؛ لقول ابن عمر رضي الله عنهما: وإن وثب من سطح.. فثب معه.

بخلاف خيار المخيرة؛ حيث يبطل بمشيتها مع زوجها ولو إلى جهة واحدة؛ لأن الشرط هو الرد قبل التفرق بالمكان، لا بالأبدان.

واعلم: أن الصرف له أربعة شروط:

الأول: قبض البدلين قبل الافتراق بالأبدان.

الثاني: أن لا يكون فيه خيار الشرط؛ فإن شرط فيه خياراً وأبطله صاحبه قبل التفرق.. صح، وبعده.. لا.

وأما خيار العيب والرؤية.. متناسبان فيه كما في سائر العقود المحتملة للخيار، إلا أن خيار الرؤية لا يثبت إلا في العين لا الدين؛ لأنه لا فائدة في رده بالخيار؛ إذ العقد لا ينفسخ برده، وإنما يرجع بمثله، ويجوز أن يكون المقبوض مثل المردود أو دونه.. فلا يفيد الرد فائدة؛ فإذا رده بعيب.. انفسخ العقد؛ سواء رده في المجلس أو بعده.

الثالث: أن لا يكون بدل الصرف مؤجلاً؛ لئلا يلزم الربا؛ فإن أبطل صاحب الأجل أجله قبل التفرق في المجلس.. انقلب جائزاً؛ لزوال المفسد قبل تقرره.

فإن قيل: إن العقود أعراض، والأعراض لا بقاء له على ما بين في الكلام، والانقلاب إلى الجواز يقتضي البقاء.

قلنا: العقود الشرعية لها حكم الجواهر.

الرابع: التساوي في الوزن إن كان المعقود عليه من جنس واحد؛ فإن تبايعا ذهباً بذهب أو فضة بفضة مجازفة.. لم يجز، فإن علم التساوي في المجلس وتفرقا عن قبض.. صح.

وَصَحَّ بيعُ الْجِنْسِ بِغَيْرِهِ مجازفةً وبفضلٍ، لَا بَيْعُه بِجِنْسِهِ إِلَّا مُتَسَاوِياً، ...

وكذا لو اقتسما الجنس مجازفة.. لم يجز، إلا إذا علما التساوي في المجلس؛ لأن القسمة مثل البيع على ما في «البحر».

ثم اختلفوا في الشرط الأول - أعني: القبض - أنه شرط الصحة أو شرط البقاء على الصحة:

قيل: هو شرط الصحة.

وقيل: شرط البقاء.

قلت: وهو الراجح؛ لأن الشرط يتقدم المشروط في الوجود، والقبض مؤخر عن العقد [١٤٣/ب] مقدم على البقاء.

ويمكن أن يقال نصرة للأول: إن حال العاقدين قبل الافتراق جعلت كحالة العقد تيسيراً عليهما؛ فإذا وجد القبض في المجلس قبل الافتراق.. يعتبر مقارناً بالعقد؛ لأنه مجلس واحد، فيصح كونه شرطاً للصحة.

والمصنف صرح بالشرط الأول وأشار إلى الثاني والثالث بقوله: قبل التفرق، وسيصرح بالرابع بقوله: «لا بجنسه إلاّ مساوياً».

(**وصح بيع الجنس بغيره**) أي: بيع الذهب بالفضة وبالعكس (**مجازفة**) أي: بلا وزن (**وبفضل**)؛ لعدم المجانسة، فلا يلزم الربا، لكنه وجب التقابض بقوله ﷺ: «بيع الذهب بالورق ربا إلا هاء وهاء»؛ أي: يداً بيد.

(**لا بيعه بجنسه**) أي: لا يصح بيعه بجنسه (**إلا مساوياً**) في الوزن؛ يعني: لو بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة.. شرط لصحة العقد: القبض قبل الافتراق، والتساوي في الوزن؛ لقوله ﷺ: «الذهب بالذهب مثلاً بمثل» الحديث.

فلو باع عشرة دراهم بعشرة دراهم أو باع عشرة دراهم بتسعة دراهم وديناراً.. جاز، ولو باع عشرة دراهم ودينار بعشرة دراهم.. لا يجوز؛ لأن الزيادة ربا، واختلاف الجنس لا يفيد ههنا؛ لأن الدينار خال عن العوض.

ومنه: ظهر فساد ما تعامله الناس في زماننا؛ فإنهم تصارفوا عشرة دراهم خالصة بعشرة دراهم مغلوبة الغش مع دينار؛ فإنه لا يجوز؛ لأنه ربا، ولو تصارفوا عشرة دراهم ودينار خالصة بأحد عشر.. جاز.

واعلم: أن الشرط هو المساواة في علم العاقدين؛ لأنه إذا لم يعرف المتعاقدان قدرهما في المجلس.. لا يجوز وإن كانا متساويين في الواقع؛ لأن العلم بتساويهما حالة العقد شرط صحته؛ لأن الفضل في موهوم، والموهوم في باب الربا ملحق بالمتحقق، ولو تصارفا جنساً بجنس، مثلاً بمثل، وتقابضا وتفرقا، ثم زاد أحدهما صاحبه شيئاً أو حط عنه شيء أو قبله الآخر.. فاختلفوا فيه:

فقال أبو حنيفة: يفسد الصرف.

وقال أبو يوسف: الصرف صحيح على حاله، وكل من الحط والزيادة باطل.

وقال محمد: الحط جائز، والزيادة باطلة.

واختلافهم هذا مبني على اختلافهم في أن الشرط الفاسد المتأخر عن العقد إذا لحق به هل يلتحق به أم لا؟

فقال أبو حنيفة: إنه يلتحق به فيفسد العقد.

وقالا: لا يلتحق به.

لكن أبا يوسف طرده ههنا، ومحمداً فرق بين الزيادة والحط.

ولو زاد أو حط بخلاف الجنس.. جاز إجماعاً، لكنه يشترط قبض الزيادة قبل الافتراق؛ لالتحاقها بأصل العقد.

ويتفرع على اشتراط القبض قبل الافتراق في بيع الجنس بالجنس وبخلافه: ما ذكره في «البحر»: أنه لو كان لكل منهما دين على الآخر، فأرسل أحدهما إلى الآخر [١٤٤/أ] رسولاً، فقال: بعتك الدينار التي لي عليك بالدراهم التي لك علي، وقال الآخر: قبضت.. فهو باطل؛ لأن حقوق العقد لا تتعلق بالرسول، بل بالمرسل، وهما

وَإِن اخْتلفَا جودةً وصياغةً.. فإِنْ بيعَ مجازفةً ثمَّ عُلِمَ التَّسَاوِي قبل التَّفَرُّقِ.. جَازَ.

وَلَا يجوزُ التَّصَرُّفُ فِي بدلِ الصَّرْفِ قبلَ قَبضِه.

فَلَو بَاعَ ذَهَباً بِفِضَّةٍ وَاشْترى بهَا ثوباً قبلَ قبضِهَا.. فسدَ بيعُ الثَّوْبِ.

يفترقان بأبدانهما، والمعتبر: افتراق العاقدين؛ سواء كانا مالكين أو نائبين كالأب والوصي والوكيل؛ لأن القبض من حقوق العقد، وحقوقه تتعلق به. انتهى.

(**وإن**) وصلية (**اختلفا**) أي: الجنسان (**جودة وصياغة**) بأن يكون أحدهما أجود من الآخر أو أحسن صياغة، لقوله ﷺ: «الذهب بالذهب، والفضة بالفضلة، مثلاً بمثل»، والمراد به: المماثلة قدراً لا وصفاً؛ لقوله ﷺ: «جيّدها ورديئها سواء».

وإذا كان علم المتعقادين في المجلس متساويهما شرطاً؛ (**فإن بيع مجازفة، ثم علم التساوي قبل التفرق**) بأن وزنا في المجلس (.. **جاز**) استحساناً.

والقياس: أن لا يجوز؛ لوقوعه فاسداً لم ينقلب جائزاً.

وجه الاستحسان: أن ساعات المجلس كساعة واحدة؛ فكأنه وقع صحيحاً ابتداء.

(**ولا يجوز التصرف في بدل الصّرف قبل قبضه؛ فلو باع ذهباً بفضة واشترى بها**) أي بالفضة (**ثوباً قبل قبضها.. فسد بيع الثوب**)؛ لفوات القبض المستحق حقاً لله تعالى؛ لأن الربا حرام حقاً لله تعالى، فيكون القبض المفضي إليه حق الله تعالى أيضاً، هذا استحسان.

والقياس: جوازه، وهو المروي عن زفر؛ لأن الدراهم عيناً كانت وديناً لا تتعين، فينصرف العقد إلى مطلق الدراهم، ولكنا نقول: الثمن في باب الصرف مبيع؛ لأن الصرف بيع، ولا بد فيه من مبيع، وما ثمة سوى الثمنين، وليس أحدهما أولى؛ لكونه مبيعاً.. فيجعل كل واحد مبيعاً من وجه، وثمناً من وجه.

وإن كانا ثمنين خلقة، وبيع المبيع قبل القبض لا يجوز.

فإن قيل: لا نسلم عدم الأولوية؛ فإن ما دخله الباء أولى بالثمينة؛ لدلالته على كونه آلة، والأثمان آلة.

قلنا: نعم، إلا أن ذلك في الأثمان الجعلية كالمكيلات والموزونات التي هي غير الدراهم والدنانير إذا كانت ديناً في الذمة، وقابلها مبيع لا في الأثمان الخلفية.. فيجعل كل منها بالضرورة مبيعاً من وجه، ثمناً من وجه، كما قيل في البيع بالمقايضة.

فإن قيل: لو كان بدل الصرف مبيعاً.. وجب أن يكون متعيناً كما هو حال المبيع؟

قلنا: كونه مبيعاً لا يلتزم تعينه؛ فإن المسلم فيه مبيع بالاتفاق، وليس بمتعين، فكذا هذا.

فإن قيل: لو كان كل واحد منهما مبيعاً، وكونه من وجه لاشتراط قيام الملك في كل منهما وقت العقد، لأن كل ما هو مبيع كذلك؛ لأن بيع المعدوم حال العقد باطل، ولكنه لم يشترط ذلك؛ فإنه لو باع ديناراً بدرهم وليسا في ملكهما فاستقرضا في المجلس وافترقا عن قبض.. صح العقد، على ما صرح به في «العناية» وغيره [١٤٤/ب].

قلنا: إن الدراهم والدنانير حالة العقد ثمن من كل وجه، وإنما اعتبر مثمناً بعد العقد لضرورة العقد فيجعل مثمناً بعده ثمناً قبله.. فلا يشترط وجوده قبله.

وقد يجاب عن قياس زفر أيضاً: بأنا سلمنا أن الدراهم مطلقاً لا تتعين بالتعيين، ولكن المانع من جواز هذا البيع: لزوم اشتراط تسليم الثمن على غير العاقد؛ لأن تعيين الدين يكون اشتراطاً على من عليه الدين بأن يوفيه، وهذا شرط فاسد يفسد العقد؛ كما إذا اشترى شيئاً على أن يكون الثمن على غيره، ألا ترى أنه لو كان له دين

وَلَو اشْترى أمةً تَسَاوِي ألفاً مَعَ طَوْقٍ قِيمَتُه ألفٌ بِأَلفَيْنِ وَنقَد ألفاً.. فَهُوَ ثمنُ الطَّوقِ.

على شخص فاشترى به شيئاً من غير من عليه الدين.. فإنه لا يجوز لهذا المعنى، كذا في «الزيلعي».

وفي قوله: «فسد بيع الثوب» إشارة إلى أن الصرف باق على حاله فيقبض بدله من عاقده معه، على ما صرح به في «البحر».

فإن قبض في المجلس.. تمّ، وإلا.. فلا.

وأورد عليه: بأن فساد الصّرف في حق الله تعالى، وصحة بيع الثوب حق العبد، فتعارض الحقان، فيقدم حق العبد - لاحتياجه - على حق الله تعالى.

وأجيب: بأن ذلك بعد ثبوت الحقين، ولم يثبت حق العقد هنا بعد.. فلا تعارض.

(ولو اشترى أمة تساوي ألفاً مع طوق) في عنقها، كلمة «مع» متعلق باشترى (قيمته) أي: قيمة الطوق (ألف) أيضاً (بألفين) متعلق باشترى (ونقد ألفاً)، ثم افترقا بدناً (.. فهو)؛ أي: الألف المنقود (ثمن الطوق) بناء على الأصل المار: أن قبض حصة الطوق في المجلس واجب حقاً للشرع؛ لكونه بدل الصرف، وقبض ثمن الجارية ليس بواجب، وغير الواجب لا يعارض الواجب، والظاهر من حال المسلم: إتيان الواجب تفريغاً للذمة، ويبقى ثمن الجارية ديناً في الذمة.

ولو اشتراهما بألف.. فسد البيع؛ لأن الألف بدل الطوق، فتبقى الجارية فضلاً خالياً عن العوض، وهو ربا؛ سواء كان الثمن من جنس الطوق أو لا.

وكذا لو اشتراهما بأقل من ألف.

بخلاف ما لو اشتراهما بألف درهم مثلاً.. فإنه جائز؛ فإن الألف: يقابل الطوق، والدرهم: الجارية.

وَلَوِ اشْتَرَاهَا بِأَلْفَيْنِ.. أَلْفٍ نقدٍ، وَأَلْفٍ نَسِيئَةٍ.. فالنقدُ ثمنُ الطَّوقِ.

وَإِن اشْترى سَيْفاً حِليتُهُ خَمْسُونَ بِمِائَةٍ ....

ولو اشتراهما نسيئة.. فالبيع فاسد فيهما عند أبي حنيفة، وقالا: يفسد في الطوق دون الجارية؛ لأن القبض ليس بشرط في حصتها، فيقدر الفساد بقدر المفسد.

ولأبي حنيفة: أن الفساد مقارن فيسري إلى الجميع؛ كما لوجمع بين عبد وحر في البيع.

بخلاف الفساد في الأولى؛ فإنه طار.. فلا يتعدى إلى غيره.

ولا يخفى عليك: أن في عبارته مسامحة؛ فإنه ذكر أن قيمة كل من الجارية والطوق ألف، ولا يعتبر في الطوق القيمة، وإنما يعتبر القدر عند المقابلة بجنسه، وكذا لا يحتاج فيه إلى بيان قيمة الجارية؛ لأن قدر الطوق صار مقابلاً بالطوق، والباقي بالجارية، قل قيمتها أو كثر تحريا للجواز.. فلا فائدة في بيان [١٤٥/أ] قيمتها، ولا في بيان قيمة الطوق، إلا إذا قدر أن الثمن خلاف جنس الطوق؛ بأن كان الطوق فضة والثمن ذهباً أو بالعكس.. فحينئذٍ يفيد بيان قيمتها؛ لأن الثمن حينئذ ينقسم عليهما على قدر قيمتهما، كذا ذكره الزيلعي.

(**ولو اشتراها**) أي: الأمة مع طوقها (**بألفين؛ ألف نقد، وألف نسيئة.. فالنقد ثمن الطوق**)؛ لما مر: أن الأجل باطل في الصرف، جائز في بيع الجارية، والظاهر من حالها: المباشرة على وجه الجواز.

(**وإن اشترى سيفاً**) محلّى بذهب أو فضة (**حليته خمسون**) درهماً (**بمائة**) درهم، قيده بالمائة؛ لأنه لو اشتراها بخمسين درهماً، أو بأقل من خمسين، أو بدراهم لا يدري مقدارها.. لا يجوز؛ للربا، أو لعدم العلم بالمساواة عند العقد، وتوهم الفضل على ما سبق.

وَنقد خمسينَ.. فَهِيَ حِصَّةُ الْحِلْيَةِ، وإِنْ لم يبيّن، أَو قَالَ: هِيَ من ثمنِهما.

(**ونقد خمسين.. فهي حصة الحلية وإن**) وصلية (**لم يبين**) أنه لأيهما من السيف والحلية؛ لما ذكرناه: أن الظاهر من حالة الإتيان بالواجب (**أو قال هي من ثمنهما**)؛ لأن الاثنين قد يراد بهما الواحد، فيحمل عليه بقرينة الحال.

وكذا لو قال من ثمن الحلية، وهو ظاهر.

وهنا صورتان أخريان:

الأولى: أن يقول: خذ هذا، نصفه من ثمن الحلية، ونصفه من ثمن السيف.

والثانية: أن يجعل الكل من ثمن السيف، وفيهما يكون المقبوض ثمن الحلية؛ لأن السيف مع الحلية شيء واحد، فيجعل المنقود عن ثمن الحلية؛ لأن مراده: إن سلم له كل الثمن، ولا يسلم له إلا بهذا الطريق، كذا في «الزيلعي».

وقال في «البحر» نقلاً عن «المعراج»: لو قال: خذه، الخمسين ثمن السيف خاصة، وقال الآخر: نعم، أو قال الآخر: نعم، أو قال: لا، وتفرقا على ذلك.. انتقض البيع في الحلية؛ لأن الترجيح بالاستحقاق عند المساواة في العقد أو الإضافة.

ولا مساواة بعد تصريح الدافع أن المدفوع عن السيف خاصة، والقول في ذلك قوله؛ لأنه هو المالك، فالقول له في بيان جهته. انتهى.

وهكذا ذكره في «العناية».

وذكر في «البحر» أيضاً نقلاً عن «السراج الوهاج»: ولو قال: هذا الذي عجلته حصة السيف.. كان عن الحلية وجاز البيع؛ لأن السيف اسم للحلية أيضاً؛ لأنها تدخل في بيعه تبعاً.

ولو قال: هذا من ثمن النصل والجفن خاصة.. فسد البيع؛ لأنه صرح بذلك وأزال الاحتمال، فلم يمكن حمله على الصحة. انتهى.

وهذا يوافق الصورة الثانية مما ذكرناه من «الزيلعي».

وَإِن تفَرقا بِلَا قبضٍ.. صَحَّ فِي السَّيْفِ، دونهَا إِنْ تَخلَّصَ بِلَا ضَرَرٍ، .....

ووجه الفرق بينه وبين ما ذكره نقلاً عن «المعراج»: أن ما ذكر في «الزيلعي» و«السراج الوهاج» ليس فيه لفظة: «خاصة»، وقد ذكر هذا في «المعراج».

(**وإن تفرقا**) على ذلك البيع (**بلا قبض.. صح**) العقد (**في السيف دونها**) أي: دون الحلية.

(**إن تخلص**) الحلية عن السيف [١٤٥/ب] (**بلا ضرر**)؛ لأنه أمكن إفراده بالبيع والتسليم، فصار كالطوق والجارية، هكذا علله في «الزيلعي».

ثم ذكر ههنا نقلاً عن «النهاية» ما نقلناه آنفاً عن «المعراج» و«العناية».

ثم قال من عند نفسه: ينبغي أن يكون هذا كالمسألة المتقدمة من أنه يصرف إلى الحلية، على ما بيناه، ومن أنه على التفصيل المتقدم؛ يعني: إن كانت الحلية تتخلص بغير ضرر.. صح في السيف خاصة، وإلاّ.. فيبطل في الكل.

وفي «المحيط»: لو قال هذا من ثمن النصل خاصة.. ينظر؛ إن لم يمكن التمييز إلاّ بضرر.. يكون المنقود ثمن الصرف ويصحان جميعاً؛ لأنه قصد صحة البيع، ولا صحة له إلا بصرف المنقود إلى الصرف، فحكمنا بجوازه؛ تصحيحاً للبيع.

وإن أمكن تمييزها بغير ضرر.. بطل الصرف؛ لأنه صرح بفساد الصرف وقصد جواز البيع، ويجوز البيع بدون جواز الصرف.. فعلى هذا: ما ذكر في «النهاية» محمول على ما إذا كانت الحلية بتخليص بغير ضرر؛ توفيقاً بينه وبين ما ذكر في «المحيط». انتهى كلام «الزيلعي».

واعترض عليه في «البحر»: بأن ما في «المحيط» إنما هو فيما إذا صرح بالنصل دون السيف، ولا شك في عدم انصرافه إلى الحلية؛ لأنه صريح، لكن يشترط أن يتخلص بلا ضرر، وإلا.. صرفناها إلى الحلية، وتركنا الصريح تصحيحاً للبيع؛ لأنه لولا ذلك.. بطل في الكل، وما في «النهاية» إنما هو فيما إذا قال خذ هذا من ثمن السيف خاصة، فذكر السيف ولم يذكر النصل.

وإلّا.. بَطل فيهمَا.

وَإِن بَاعَ إِنَاءَ فضَّةٍ وَقبض بعض ثمنِهِ وافترقا.. صَحَّ فِيمَا قبض فَقَط، والإِناءُ مُشْتَرَكٌ بَينهمَا.

وَإِن اسْتحقَّ بعضُه.. أَخذَ الْمُشْتَرِي مَا بَقِي بِحِصَّتِهِ، أَو ردَّهُ.

وَلَو اسْتحقَّ بعضُ قِطْعَةِ نُقْرةٍ اشْتَرَاهَا.. أَخذ الْبَاقِي بِحِصَّتِهِ بِلَا خِيَارٍ.

والحاصل: أنه إن ذكر السيف ولم يقل خاصة.. صرف إلى الحلية مطلقاً؛ سواء أمكن إلى النصل إن أمكن تخليصه بلا ضرر، وإلا.. صرفناه إلى الحلية.

(وإلا) أي: وإن لم يتخلص، بلا ضرر (.. بطل) البيع (فيهما)؛ أما الحلية.. فظاهر؛ لأنه صرف فيها ولم يوجد شرطه وهو القبض، وأما السيف.. فلعدم إمكان التسليم إلا بضرر.

(وإن باع إناء فضة) بفضة أو بذهب (وقبض بعض ثمنه وافترقا.. صح) العقد (فيما قبض فقط)، ويبطل فيما لم يقبضه.

(والإناء مشترك بينهما)؛ لأنه صرف وقد وجد شرط بقائه في بعض دون بعض، فبقي صحيحاً فيما وجد شرطه، لا فيما لم يوجد، والفساد لا يشيع؛ لكونه طارئاً، وتفريق الصفقة بعد التمام جائز.. فلا يكون مانعاً، وقد تمت الصفقة ههنا، ومعنى تمام الصفقة: تقدم في أول البيع.

(وإن استحق بعضه) أي بعض الإناء (.. أخذ المشتري ما بقي بحصته أو رده)؛ لأنه تعيب بعيب الشركة بغير صنع؛ إذا الشركة في الأعيان المجتمعة عيب؛ لانتقاصها بالتبعيض، بخلاف الشركة المتقدمة بسبب تفرقهما؛ لأنها حدثت بصنع منه وهو [١٤٦/أ] الافتراق لا عن قبض.

(ولو استحق بعض قطعة نقرة) النقرة: هي القطعة المذابة من الذهب أو الفضة، يقال: نقرة فضة؛ على أن الإضافة للبيان، كذا في «المغرب».

(اشتراها) بذهب أو فضة (.. أخذ الباقي بحصته بلا خيار)؛ لأن الشركة فيها

وَصَحَّ بيعُ دِرْهَمَيْنِ ودينارٍ: بدينارينِ وَدِرْهَمٍ.
وَبيعُ كرِّ بُرٍّ وكرِّ شعيرٍ: بكُرَّي بُرٍّ وَكرَّي شَعيرٍ.

ليست بعيب؛ لعدم إضرارها، هذا بعد القبض.

وأما إذا استحق بعض التفرق قبل قبضها.. فإن له الخيار؛ لتفرق الصفقة عليه قبل التمام، كذا في «البحر».

وقال في «جامع الفصولين» من دعوى النقرة: لو تزوجها على مائة درهم نقرة ولم يصفها.. صح العقد؛ فلو ادعت مائة درهم.. وجب لها مائة درهم وسط. انتهى.

واستدل به صاحب «البحر» على أن الواجب بالنقرة في العقود: هو الدرهم الوسط.

(وصح بيع درهمين ودينار بدينارين ودرهم، وبيع كر برّ وكرّ شعير بكري بر وكري شعير)؛ صرفاً لكل جنس بخلافه.

وقال زفر والشافعي: لا يجوز فيهما؛ لأن في الصرف إلى خلاف الجنس تغيير تصرفه؛ لأنه قابل الجملة بالجملة، ومن قضية التقابل: الانقسام على وجه الشيوع؛ بأن يكون لكل واحد من البدلين حظّ من جملة الآخر، لا على وجه التعيين؛ لأن في التعيين تغيير تصرفه.. فلا يجوز، وإن كان فيه تصحيح التصرف؛ لأن تغيير التصرف لا يجوز لتصحيحه، وإلا.. لأمكن تصحيح كل عقد فاسد بتغييره.

ومما يدل على ذلك: أنه إذا اشترى سواراً بعشرة وثوباً بعشرة، ثم باعهما مرابحة.. لا يجوز وإن أمكن صرف الربح إلى الثوب.

وكذا إذا اشترى عبداً بألف، ثم باعه مع عبد آخر من البائع قبل نقد الثمن بألف وخمسمائة.. لا يجوز في المشترى بألف؛ لأنه اشترى ما باع بأقل مما باع وإن أمكن تصحيحه بصرف الألف إليه.

وكذا إذا جمع بين عبد وعبد غيره فقال: بعتك أحدهما.. لا يجوز وإن أمكن تصحيحه بصرفه إلى عبده.

وَبيعُ أحدَ عشرَ درهماً: بِعشْرَةِ دَرَاهِمَ ودينارٍ.

وكذا إذا باع درهماً وثوباً بدرهم وثوب فافترقا من غير قبض.. فسد البيع في الدرهم، ولا يصرف إلى الثوب. إلى غير ذلك.

وهذا كله لما ذكرناه من أن قضية تقابل الجملة بالجملة تقتضي الانقسام على الشيوع.

قلنا: إن المقابلة المطلقة تحتمل مقابلة الفرد بالفرد بطريق صرف كل جنس إلى خلافه؛ لإطلاقها، فيحمل عليه تصحيح العقد ما أمكن، والتغيير الحاصل بمقابلة الجنس بخلافه تغيير في وصف التصرف.. فلا يمنع الجواز، لا في أصله؛ لأن موجبه الأصلي وهو ثبوت الملك في الكل بمقابلة الكل باق على حاله لم يتغير، وصار هذا كما إذا باع نصف عبد مشترك بينه [١٤٦/ب] وبين غيره.. ينصرف إلى نصيبه؛ تصحيحاً لتصرفه، وإن كان في ذلك تغيير وصف التصرف من الشيوع إلى معين؛ لكون أصل التصرف وهو ثبوت الملك في النصف باقياً.

وما ذكرتم في مسألة المرابحة: إنما يكون في المساومة، وأما إذا صرحا بذكر المرابحة.. فطريق تصحيحه بالتغيير في أصل العقد من المرابحة إلى التولية؛ بأن يجعلها تولية في النوادر بصرف الربح كله إلى الثوب.

وطريق التصحيح في المسألة الثانية غير متعين؛ لأنه يمكن صرف الزيادة على الألف إلى المشتري.

وفي المسألة الثالثة: أضيف البيع إلى المنكر، والمنكر ليس بمحل للبيع، والمعين ضده، والشيء لا يتناول ضده.

وفي الرابعة: إن العقد قد انعقد صحيحاً وفسد حالة البقاء بالافتراق بلا قبض، وكلامنا في الابتداء دون البقاء.

(و) صح (**بيع أحد عشر درهماً بعشرة دراهم ودينار**)؛ لأن العشرة تكون بمثلها والدينار بالدرهم؛ لأن شرط الصرف: التماثل على ما روينا، فالظاهر: أنه أراد هذا

النوع من المقابلة؛ تصحيحاً لعقده.. فالعشرة بالعشرة ويبقى الدرهم بالدينار، وهما جنسان لا يعتبر التساوي بينهما، بخلاف بيع عشرة دراهم بأحد عشر درهماً مثلاً.. فإنه لا يجوز إلا بإحدى الصور التي ذكرت في الفتاوى.

فقال في «قاضي خان»: رجل له على رجل عشرة دراهم، فأراد أن يجعلها ثلاثة عشر إلى أجل، قالوا: يشتري من المديون شيئاً بتلك العشرة ويقبض المبيع، ثم يبيع من المديون بثلاثة عشر إلى سنة، فيقع التحرز عن الحرام، ومثل هذا مروي عن رسول الله ﷺ أنه أمر بذلك.

رجلٌ طلب دراهم ليقرضه بـ (ده دوزاده) أي: اثنى عشر، فوضع المستقرض متاعاً بين يدي المقرض ويقول للمقرض: بعت منك هذا المتاع بمائة درهم، فيشتري المقرض ويدفع إليه الدراهم ويأخذ المتاع، ثم يقول المستقرض: بعني هذا المتاع بمائة وعشرين درهماً، فيبيعه المقرض، فيحصل للمستقرض مائة درهم، ويعود إليه متاعه، ويجب للمقرض عليه مائة وعشرون درهماً، والأوثق والأحوط أن يقول المستقرض للمقرض بعدما قرر المعاملة: كل مقاولة وشرط كان بيننا فقد تركته، ثم يعقدان بيع المتاع.

وهذه المسألة دليل على جواز بيع الوفاء إذا لم يكن الوفاء شرطاً في البيع، وهذا إذا كان المتاع للمستقرض.

فإن كان المتاع للمقرض، وليس للمستقرض شيء ويريد أن يقرضه شيئاً بثلاثة عشر مثلاً إلى أجل.. فإن المقرض يبيع من المستقرض [١٤٧/أ] سلعة بثلاثة عشر، ويسلم السلعة إلى المستقرض، ثم إن المستقرض يبيع السلعة من أجنبي بعشرة ويدفع السلعة إلى الأجنبي، ثم إن الأجنبي يبيع السلعة من المقرض بعشرة، ويأخذ منه العشرة ويدفعها إلى المستقرض، فيبرأ الأجنبي من الثمن الذي كان عليه للمستقرض، فتصل السلعة إلى المقرض بعشرة، وللمقرض على المستقرض ثلاثة عشر إلى أجله.

وَبيعُ دِرْهَمٍ صَحِيحٍ ودرهمينِ غلَّةٍ: بِدِرْهَمَيْنِ صَحِيحَيْنِ وَدِرْهَمٍ غلَّةٍ.
وَبيعُ دِينَارٍ: بِعشْرَةٍ هِيَ عَلَيْهِ،.....................................

وحيلة أخرى: أن يبيع المقرض من المستقرض سلعة بثلاثة عشر إلى أجل معلوم، ويدفع السلعة إلى المستقرض، ثم يبيعها المستقرض من أجنبي، ثم إن المستقرض يقيل البيع مع الأجنبي قبل القبض أو بعده، ثم يبيعها المستقرض من المقرض بعشرة، ويأخذ العشرة، فيحصل للمستقرض عشرة وعليه للمقرض ثلاثة عشر، وتصل السلعة إلى المقرض، والمتقرض وإن صار مشترياً ما باع بأقل مما باع قبل نقد الثمن.. إلا أن ذلك جائز لتخلل البيع الثاني وهو البيع الجاري بين المستقرض والأجنبي.

وحيلة أخرى: أن يبيع المقرض من المستقرض سلعة بثمن مؤجل، ويدفع السلعة إلى المستقرض، ثم إن المستقرض يبيعها من غيره بأقل مما اشترى، ثم ذلك الغير يبيعها من المقرض بما اشترى؛ لتصل السلعة إليه بقيمتها، ويأخذ الثمن ويدفعه إلى المستقرض، فيصل القرض إلى المستقرض، ويصل المستقرَض إلى القرض فيحصل الربح للمقرض.

وهذه الحيل هي العينة التي ذكرها محمد، قال مشايخ بلخ: بيع العينة في زماننا خير من البيع الذي يجري في أسواقنا.

وعن أبي يوسف أنه قال: العينة جائزة مأجورة؛ لمكان الفرار من الحرام. انتهى كلام «قاضي خان».

(و) صح (**بيع درهم صحيح ودرهمين غلة**) هي الدراهم المقطعة التي يردها بيت المال لزيافتها، بل لكونها قطعاً ويأخذها التجار (**بدرهمين صحيحين ودرهم غلة**)؛ لأنه صدر من أهله، ووقع في محله، واستجمع بشرطه وهو المساواة، ولا عبرة بالجودة عند المقابلة بالجنس.

(و) صح (**بيع دينار بعشرة هي**) أي: العشرة (**عليه**) أي على البائع.

أَو بِعشْرَةٍ مُطلقَةٍ إِنْ دفعَ الدِّينَارَ، ويتقاصّانِ الْعشْرَةَ بِالْعشرَةِ.

كان له على آخر عشرة دراهم ديناً، فباعه ذلك المديون ديناراً بالعشرة التي عليه، وقال: بعت هذا الدينار بالعشرة التي لك علي؛ فإنه صحيح بلا خلاف، وسقط العشرة عن ذمته؛ لأنه ملكها بدلاً عن الدينار، وهذا وإن كان صرفاً.. لكنه لا ربا فيه؛ لتمام قبض البدلين.

(**أو بعشرة مطلقة**) بأن أطلق العقد ولم يضف إلى العشرة التي كانت عليه وقال: بعت هذا الدينار منك بعشرة دراهم (**إن دفع الدينار**) هذا متعلق بكل من المسألتين؛ لأن دفع الدينار شرط فيهما، بخلاف قوله: (**ويتقاصان** [١٤٧/ب] **العشرة بالعشرة**)؛ فإنه يتعلق بالثاني فقط، وهذا استحسان.

والقياس: يمنعه، وبه قال زفر؛ لأنه استبدال ببدل الصرف الذي وجب بالصرف، وهذا لأنه وجب بالصرف دين يجب تعيينه بالقبض احترازاً عن الدين، والدين الذي كان عليه لا يجب قبضه، فتكون المقاصة بعد ذلك استبدالاً ببدل الصرف؛ لأن أخذنا في ذمته بدل ما وجب له عليه من ثمن الدينار؛ فإذا كان استبدالاً ببدل الصرف.. لا يجوز؛ كما لو أخذ ببدل الصرف سلعة.

ووجه الاستحسان: أنه يجب بهذا العقد ثمن واجب التعيين بالقبض؛ لما تقدم من وجوب قبض العوضين قبل الافتراق في الصرف؛ لقوله ﷺ: «يداً بيد» والدين ليس بهذه الصفة.. فلا تقع المقاصة بنفس العقد كما تقع في المسألة الأولى؛ لعدم المجانسة بين العين والدين؛ لأن بدل الصرف واجب التعيين بالقبض، والدين قد سبق وجوبه، لكنهما إذا أقدما على المقاصة بتراضيهما.. لا بد ثمة من تصحيح، ولا صحة لها مع بقاء عقد الصرف، فتجعل المقاصة متضمنة لفسخ الأول وانعقاد صرف آخر غير الأول مضافاً إلى الدين الذي كان عليه ضرورة؛ إذ لولا ذلك.. كان استبدالاً ببدل الصرف، وهو لا يجوز، وعلى هذا: كان الفسخ ثابتاً اقتضاء، ولهما ذلك؛ لأن لهما فسخ أصل العقد، فكان لهما تغيير وصف العقد مع بقاء أصله بالطريق الأولى.

وزفر لما لم يقل بالاقتضاء.. لم يوافقنا، فتعين له القياس، هذا إذا كانا يتقاصان.

....

وأما إذا لم يتقاصا.. لم تقع المقاصة بنفس العقد ما لم يتقاصا؛ لعدم الإضافة إلى الدين.

واعلم: أن بيع النقد بالدين على ثلاثة أقسام؛ لأنه:

إما أن يكون سابقاً، أو مقارناً، أو لاحقاً.

فالمصنف أشار إلى الأول بقوله: «وبيع دينار بعشرة هي عليه».

وإلى الثاني بقوله: «أو بعشرة مطلقة».

ولم يذكر الثالث، وذلك: بأن اشترى ديناراً بعشرة دراهم وقبض الدينار، ثم إن مشتري الدينار باع ثوباً من بائع الدينار بعشرة دراهم، ثم رواية أبي سليمان - وهي التي اختارها فخر الإسلام وصححهما صاحب «الهداية» -: تقع المقاصة.

وفي رواية أبي حفص - واختارها شمس الأئمة وقاضي خان -: لا تقع المقاصة؛ لأن الدين لاحق، والنبي ﷺ جوّز المقاصة في دين سابق، على ما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما.

ووجه الأول: أن قصدهما المقاصة تضمن اتفاقي، الأول والإضافة إلى دين قائم وقت تحويل العقد، فيكون الدين حينئذ سابقاً على المقاصة، ويؤيد هذا الوجه: أن الدين لا يتعين بالتعيين، على ما تقدم؛ فالمطلق والمقيد منه سواء [١٤٨/أ]، وقد وقعت المقاصة إذا أضيف إلى الدين السابق بالاتفاق، فكذا إذا أضيف باللاحق بعد فسخ العقد الأول، وإلا.. لكان الدين يتعين بالتعيين، وذلك خلف.

ثم اعلم أن بيع الدين بالدين لا يجوز بدون قبض البدلين في المحل حقيقة أو حكماً؛ لما ذكره في صرف «البزازية»؛ حيث قال: وبيع الدين بالدين جائز، إذا فصل الافتراق بعد قبض البدلين حقيقة؛ عقد صرف كان أو لا؛ نظير الصرف: باع ديناراً بدرهم ولم يكونا بحضرتهما، ثم نقدا وتقابضا قبل التفرق.. جاز.

وكذا لو قبض حكماً بأن كان له على آخر دنانير وللآخر عليه دراهم، فاشترى

وَمَا غالبُهُ الْفضَّةُ أَو الذَّهَبُ: فضَّةٌ وَذهبٌ حكماً، فَلَا يجوزُ بيعُ الْخَالِصِ بِهِ، وَلَا بيعُ بعضِهِ بِبَعْضٍ إِلّا مُتَسَاوِياً وزناً، وَلَا استقراضُه إِلّا وزناً.

كلٌّ ما على صاحبه بما عليه، ثم بنفس البيع.

وكذا لو كان لآخر عليه طعام أو فلوس، وله على آخر دراهم أو دنانير، فاشترى من عليه الطعام بالدنانير التي له عليه ذلك الطعام.. صح، وتم بمجرد البيع.

وإن افترقا بعد قبض أحد البدلين حكماً.. لا يجوز؛ سواء كان العقد صرفاً أو لا، كما إذا كان على آخر دنانير، فاشتراه من عليه بعشرة دراهم وصار صرفاً وتفرقا قبل قبض العشرة.. كان باطلاً، مع كون أحد البدلين مقبوضاً، وكذا إذا كان له على آخر طعام أو فلوس، فاشتراه من عليه بدراهم، وتفرقا قبل قبض الدراهم.. بطل.

وهذا مما يحفظ؛ فإن مستقرض الحنطة أو الشعير يتلفها، ثم يطالبه المالك بها، ويعجز عن الأداء، فيبيعها مقرضها منه بأحد النقدين إلى أجل، ويسمونها: «كندم بهاكردني» وإنه فاسد؛ لأنه افتراق عن دين بدين. انتهى.

فعلم منه: أن بيع الدين بالدين ممن عليه: فاسد بدون قبض الثمن.

(**وما غالبه الفضة أو الذهب: فضة وذهب حكماً**)؛ لأن النقود لا تخلو عن قليل غش خلقة أو عادة:

فالأول كما في الرديء.

والثاني: ما يخلط للانطباع؛ فإنها بدونه تتفتت؛ فإذا كان كذلك.. يعتبر الغالب؛ لأن المغلوب كالمستهلك في مقابلة الغالب؛ فإذا كان كذلك.. يعتبر فيهما ما يعتبر في الجياد من تحريم التفاضل.

وإذا كان الاعتبار للغالب في كل منهما (.. **فلا يجوز بيع الخالص**) من كل منهما (**به**) أي: بالمغشوش من كل منهما إذا قابل بجنسه، (**ولا بيع بعضه ببعض**) من جنسه (**إلا متساوياً وزناً**)؛ لأنها من الموزونات.

(**ولا استقراضه إلا وزناً**)؛ حذراً عن الربا والوزن لما ذكرناه.

وَمَا غَلَبَ عَلَيْهِ الْغِشُّ مِنْهُمَا.. فَهُوَ فِي حُكْمِ الْعُرُوضِ.. فبيعُهُ بالخالِصِ على وُجُوهِ حليةِ السَّيْفِ.

وَيَصِحُّ بَيْعُهُ بِجِنْسِهِ مُتَفَاضِلاً؛ بِشَرْطِ التَّقَابُضِ فِي الْمَجْلِسِ، ....

(وما غلب عليه الغش منهما) أي: من الذهب والفضة (.. فهو في حكم العروض)؛ لما ذكرناه: من أن المغلوب في حكم المستهلك.

(فبيعه) أي: بيع غالب الغش منهما (بالخالص) منهما (على وجوه حلية السيف) [١٤٨/ب]؛ فإن كانت الفضة الخالصة مثل الفضة التي كانت في الدراهم المغشوشة أو أقل منها أو لا يدري.. فالبيع فاسد.

وإن كانت أكثر.. صح، وهو وجوه حلية السيف، وإنما صح؛ لأنه يكون الفضة بالفضة والذهب بالذهب، والزائد بالغش.. فلا يلزم الربا.

(ويصح بيعه بجنسه) أي بالمغشوش مثله (متفاضلاً)؛ صرفاً للجنس إلى خلافه؛ لأنه في حكم شيئين فضة ونحاس (بشرط التقابض في المجلس) في كل من الفضة والغش:

أما في الفضة: فلوجودها من الجانبين، فيكون صرفاً، والتقابض شرط فيه.

وأما في الغش: فلأنه لا يتميز عن الفضة إلا بضرر، فلا بد فيه من القبض أيضاً.

إن قيل: قد تقدم أن فيه صرفاً للجنس إلى خلافه، فيكون في حكم شيئين، فلا يشترط فيه التقابض.

قلنا: نعم، إلا أن صرف الجنس إلى خلافه ثبت لضرورة صحة العقد والثابت بالضرورة لا يتعدى، فبقي العقد فيما وراء موضع الضرورة: صرفاً، فيشترط فيه التقابض.

وقال في «الهداية»: ومشايخنا لم يفتوا بجواز ذلك؛ أي: بيعه بجنسه متفاضلاً في العدالي والقطارفة - أي: الدراهم العدالية والغطريفية - مع أن الغش فيها أكثر من الفضة؛ لأنها أعز الأموال في ديارنا؛ فلو أبيح التفاضل فيها.. ينفتح باب الربا

والتبايعُ والاستقراضُ بِمَا يروجُ مِنْهُ وزناً أَو عدداً أَو بهما، وَلَا يتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ لكَونِهِ ثمناً.

وَلَو اشْترى بِهِ فكَسَدَ.. ....

الصريح؛ فإن الناس حينئذٍ يعتادون في الأموال النفيسة فيندرجوا إلى الذهب والفضة أيضاً بالقياس.

وقال في «قاضي خان»: قالوا لا يباع المسبية وهي الغالب عليها الصفر في الغطريفي واحداً باثنين.

وذكر محمد في «الكتاب»: أنه يجوز بيع الدراهم التي ثلثاها صفر وثلثها فضة واحداً باثنين.

وقال الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل: لا يجوز بيع المسبية من الغطريفي بالمسبيتين؛ لأنها صارت ثمناً بجميع الأشياء بمنزلة الذهب والفضة، ولهذا قلنا بوجوب الزكاة في المائتين منها. انتهى.

(**والتبايع والاستقراض**) بالمغشوشة التي غلب غشها يعتبر (**بما يروج منه وزناً أو عدداً أو بهما**)؛ فإن كان وزناً.. فبالوزن، وإن عدداً.. فبالعدد وأن بهما.. ففيهما؛ لأن الاعتبار لعادة الناس فيما لم يكن فيه نص.

(**ولا يتعين**) أي: إذا كان غالب الغش ثمناً ما دام يروج.. لا يتعين في العقد (**بالتعيين؛ لكونه ثمناً**) بالاصطلاح؛ لأن الأثمان لا تتعين في العقود بالتعيين، على ما تقدم؛ فإن هلكت قبل التسليم.. لا يبطل العقد بينهما؛ لكونه ثمناً، ويجب عليه مثله.

(**ولو اشترى به**) أي: بغالب الغش شيئاً (**فكسد**) قبل القبض فسرّ في «الهداية» الكساد: بترك الناس المعاملة بها.

ويقرب منه ما ذكر في «المصباح»: كسد الشيء يكسد كساداً: [١٤٩/أ] لم ينفق؛ لقلة الرغبات. انتهى.

بَطلَ البيعُ.

ولم يذكرا أن ترك المعاملة وقلة الرغبات في كل البلاد أو في البلد الذي وقع فيه العقد، ونقل في «العناية» عن «عيون المسائل»: أن عدم الرواج إنما يوجب فساد البيع إذا كان لا يروج في جميع البلدان؛ لأنه يصير هالكاً، ويبقى البيع بلا ثمن.

وأما إذا كان لا يروج في هذه البلدة ويروج في غيرها.. لا يفسد البيع؛ لأنه لم يهلك، لكنه تعيب، فكان للبائع الخيار؛ إن شاء.. قال: أعط مثل النقد الذي وقع عليه البيع، وإن شاء.. أخذ قيمة ذلك الدنانير.

قالوا: وما ذكر في «العيون» يستقيم على قول محمد، وأما على قولهما.. فلا يستقم، وينبغي أن يكتفي بالكساد في تلك البلدة؛ بناء على اختلافهم في بيع الفلس بالفلسين، عندهما: يجوز اعتباراً لاصطلاح بعض الناس، وعند محمد: لا يجوز اعتباراً لاصطلاح الكل؛ فالكساد يجب أن يكون على هذا القياس أيضاً. انتهى.

وقال في صرف «قاضي خان»: اشترى بالفلوس قبل القبض، وصارت لا تروج رواج الأثمان في عامة البلدان.. تكون كاسدة.

وقول محمد: إذا كانت لا تروج رواج الأثمان في بلدها.. تكون كاسدة. انتهى.

فإذا كسد (.. **بطل البيع**) عند أبي حنيفة؛ لأن الثمن هلك بالكساد؛ لأن غالب الغش إنما جعل ثمناً بالاصطلاح؛ فإذا تركوا المعاملة به.. بطل الثمنية، فيبقى البيع بلا ثمن، والعقد إنما يتناوله بصفة الثمنية، حتى إذا ثبت ديناً في الذمة لا مجرد عينه، حتى يبقى البيع ببقاء عينه ولو بعد الكساد.

وإذا بطل الثمنية.. بطل ركن البيع، فيبطل البيع؛ لأن الكل ينعدم بانعدام جزئه؛ كما لو هلك المبيع قبل القبض.

فإن قيل: لو اشترى بالرطب فانقطع.. لا يبطل البيع، فكذا فيما نحن فيه.

قلنا: إن الرطب مرجو الوصول في العام الثاني غالباً، ولم يكن هلاكاً من كل وجه، فلم يبطل، لكنه يتخير بين الفسخ والصبر إلى أن يحصل؛ أما الكساد فيما نحن

وَقَالا: لَا يبطلُ، وَتجبُ قِيمَتُهُ يَوْمَ البيعِ عِنْدَ أَبِي يُوسُفَ، وَآخرَ مَا تُعومِلَ بِهِ عِنْدَ محمَّدٍ.

فيه.. فهلاك للثمينة على وجه لا يرجى الوصول إليها في ثاني الحال؛ لأن الكساد أصلي، والشيء إذا رجع إلى أصله.. قلما ينتقل عنه إذا بطل البيع عنده؛ فإن لم يكن المبيع مقبوضاً.. فلا حكم لهذا البيع أصلاً وإن كان مقبوضاً؛ فإن كان قائماً.. وجب ردّه بعينه، وإن كان هالكاً أو مستهلكاً؛ فإن كان مثلياً.. وجب ردّ مثله، وإن كان قيمياً.. وجب ردّ قيمته؛ كما في البيوع الفاسدة.

قيدّه بالكساد، وحكم الانقطاع عن أيدي الناس: كذلك.

وحدّ الانقطاع على ما في «الزيلعي»: أن لا يوجد في السّوق.

وإن كان موجوداً في أيدي الصيارفة في البيوت.. بقي حكم انتقاص الثمن بلا انقطاع [١٤٩/ب].

ولا كساد في الفصل الثالث عشر من بيوع «الخلاصة»: اشترى شيئاً بدراهم نقد البلد، فلم ينقد حتى تغير الثمن؛ إن كان لا يروج في السوق.. فسد البيع، وإن كان يروج لكن انتقص.. لا ينتقض البيع، وليس للبائع إلاّ ذلك الثمن. انتهى. وهكذا في «البزازية» أيضاً.

(**وقالا: لا يبطل**)؛ لأن العقد قد صحّ، إلاّ أنه تعذر بالكساد، وذلك لا يوجب الفساد، فيبقى صحيحاً.

(و) إذا بقي صحيحاً عندهما (.. **تجب قيمته يوم البيع عند أبي يوسف**)؛ لأنه مضمون عليه بالبيع، فيصير من يوم وقع البيع فيه، وعليه الفتوى.على ما في آخر الفصل الخامس من بيوع «التاتارخانية».

وفي «البحر» نقلاً عن «الذخيرة»: و«الفتوى» على قول أبي يوسف.

(**وآخر ما تعومل به عند محمد**) أي: يجب قيمته يوم وقع الكساد فيه؛ لأنه انتقل الحق منه إلى القيمة في ذلك اليوم.

وَمَا لَا يروجُ مِنْهُ.. يتَعَيَّنُ بِالتَّعْيِينِ.

وفي «قاضي خان»: وعليه الفتوى.

وفي «البحر» نقلاً عن «المحيط» و«التتمة» و«الحقائق»: يفتى بقول محمد؛ رفقاً للناس.

وفي زماننا هذا: أفتى شيخ الإسلام فيض الله بن سعيد بقول أبي يوسف، وهكذا فتينا بقوله أيضاً.

هذا في الكساد قبل نقد الثمن، ولو نقد بعض الثمن فكسد قبل نقد البعض الآخر.. فهل الحكم فيه أيضاً كذلك؟

ففي «قاضي خان»: إذا اشترى بالدراهم الرائجة شيئاً وقد نقد بعض الثمن، ثم كسدت.. فسد العقد بقدر ما لم ينقد، في قول أبي حنيفة؛ لأن هذا فساد طار بمنزلة الهلاك، ويتقدر بقدره ولا يبطل على قولهما أصلاً.

(وما لا يروج منه) أي من المغشوش (.. يتعين) في العقود (بالتعيين)؛ لأنها سلعة؛ كالرصاص والستوقة، فتتعين بالتعيين كسائر السلع؛ فإذا كانت سلعة؛ فإذا اشترى بها شيئاً.. فما الحكم فيها؟

ففي «قاضي خان»: ولو اشترى شيئاً بالدراهم الكاسدة؛ فإن كانت الدراهم بعينها.. جاز؛ لأنها بعد الكساد صارت سلعة، وإن لم تكن بعينها.. قالوا: لا يجوز البيع.

قال مولانا: ينبغي أن يجوز؛ لأنها إن كان بعد الكساد يباع وزناً.. فقد باع موزوناً في الذمة، وإن كانت تباع عدداً.. فقد باع بعددي في الذمة عدداً معلوماً. انتهى.

فعلم منه حال ما لا يروج ابتداء.

والمتساوي الْغِشِّ: كمغلوبِهِ فِي التَّبايُعِ والاستقراضِ، وَكَذَا فِي الصَّرْفِ.
وَقِيلَ: كَغَالِبِهِ.

ثم إذا اشترى بها شيئاً فهلك قبل التسليم.. بطل العقد؛ لأنه تعلق بعينه، وعينه قد هلك، لكنه إنّما يبطل إن علم المتعاقد أن حال الدراهم أنها لا تروج، ويعلم كلّ واحد منهما أيضاً أن صاحبه يعلم.

وإن لم يعلما، أو لم يعلم أحدهما، أو علما ولكن لا يعلم كلّ منهما أن صاحبه يعلم.. فإن البيع حينئذ يتعلق بالدراهم الرائجة في ذلك [١٥٠/أ] البلد الذي عليها معاملات الناس، دون المشار إليه، كذا في «العناية».

وإن كانت الدراهم مما يقبلها البعض دون البعض.. فهي كالزيوف لا يتعلق العقد بعينها، بل بجنسها زيوفاً إن علم البائع خاصة؛ لأنه رضي بجنس الزيوف، وإن لم يعلم.. تعلّق العقد بجنسها من الجياد؛ لعدم الرضاء منه بالزيوف.

(**والمتساوي الغش كمغلوبه في التبايع والاستقراض**)، حتى لا يجوز البيع به، ولا الإقراض إلا بالوزن بمنزلة الدراهم الرديئة؛ لأن الفضة فيه موجودة حقيقة ولم تصر مغلوبة.. فيجب اعتبارها بالوزن شرعاً، إلا أن يشير إليها في المبايعة، فيكون بياناً لقدرها ووصفها؛ كما لو أشار إلى الدراهم الجيدة.

ولا يبطل العقد بهلاكه قبل التسليم؛ لأنه ثمن، ويعطى مثله.

قوله: «كمغلوبه» احتراز عن غالب غشه؛ لأنه في حكم العروض على ما تقدم آنفاً.

(**وكذا في الصرف**) أي: كمغلوب الغش في حق الصرف أيضاً؛ لأن فضته لما لم تصر مغلوبة.. جعلت كأن كلها فضة في حق الصرف احتياطاً، على ما في «الزيلعي».

(**وقيل: كغالبه**) أي: غالب غشه، حتى إذا باعه بجنسه.. جاز على وجه الاعتبار، كذا في «البحر».

وَيجوزُ البيعُ بالفُلُوسِ النَّافقةِ وَإِن لم تتَعَيَّنْ؛

ولو باعه بالفضة الخالصة.. لا يجوز، حتى يكون الخالص أكثر ما فيه من الفضة؛ لأنه لا غلبة لأحدهما على الآخر، فيجب اعتبارهما.

والمصنف أشار بتقديم القول الأول إلى أنه المختار عنده، وهو المختار عند «قاضي خان» أيضاً؛ حيث قال في كتاب الصرف: إن كان نصفها صفراً ونصفها فضة.. لا يجوز فيها التفاضل؛ أي: فيما إذا بيع بجنسها.

وصاحب «الكنز» احتياطاً بقول الثاني.

(ويجوز البيع بالفلوس النافقة) أي: الرائجة حالة العقد، وإنما جاز البيع بها؛ لأنها مال معلوم يصلح ثمناً بالاصطلاح.

(وإن لم تتعين) هكذا وقع في لفظ «القدوري» و«الهداية» و«الكنز».

قلت: الأولى حذف هذا اللفظ؛ لأنه يشعر قبول الثمن للتعيين، على ما هو مقتضى «إن» الوصلية، مع أن الأثمان مطلقاً لا تقبل التعيين.

قال أبو الحسن الكرخي: قال أبو حنيفة وأبو يوسف ومحمد: الفلوس النافقة والدراهم والدنانير: أثمان الأشياء، لا تتعين في البيع وإن شرط المتبايعان أعيانها، ويكون ما أوجب كل واحد منهما في العقد على نفسه ديناً في ذمته، ولا يجبر كل واحد منهما إن سلم ما شرط من العين؛ إن شاء.. أعطى العين، وإن شاء.. أعطى مثلها.

وليس للمشتري منه أن يجبره على تسليم العين إليه، والخيار في ذلك إلى البائع دون المشتري.

وقال القدوري في «شرحه»: وذلك؛ لأن الفلوس النافقة لا فائدة [١٥٠/ب] في تعيينها، فصارت كالدراهم والدنانير.

وإذا لم يتعين.. فالعاقد بالخيار؛ إن شاء.. سلم ما أشار إليه، وإن شاء.. سلّم غيره.

فَإِن كَسَدَتْ.. فَالْخِلَافُ كَمَا فِي كَسَادِ الْمَغْشُوشِ.

وإن هلكت.. لم ينفسخ العقد بهلاكه؛ لأنه لم يقع عليها، فله أن يعطي مثله، كذا في «غاية البيان».

قلت: والذي ظهر من كلام الكرخي والقدوري: أن الفلوس النافقة لا تتعين في العقود أصلاً وإن صرحا تعيينها؛ كما في الدراهم والدنانير، ويخالفه ما ذكر في «البحر»: الفلوس النافقة صارت أثماناً بالاصطلاح، فجاز بها البيع، ووجبت في الذمة كالنقدين، ولا تتعين وإن عينها كالنقد، إلا إذا قالا: أردنا تعليق الحكم بعينها.. فحينئذٍ يتعلق العقد بعينها.

بخلاف ما إذا باع فلساً بفلسين بأعيانهما؛ حيث تتعين من غير تصريح؛ لأنه لو لم يتعين.. لفسد البيع، وهذا على قولهما.

وأما على قول محمد: لا تتعين وإن صرحا.

وأصله: أن اصطلاح العامة لا يبطل باصطلاحهما على خلافه عنده، وعندهما: يبطل في حقهما. انتهى.

(فإن كسدت) الفلوس النافقة بعد العقد قبل النقد (.. **فالخلاف**) فيها **(كما في كساد المغشوش)** من الدراهم قبل نقدها:

فعند أبي حنيفة: بطل البيع.

وعندهما: لا يبطل على ما تقدم، هكذا ذكر الخلاف في «القدوري» و«الهداية»، وسكت عنه في «المبسوط» و«شرح الطحاوي»، ومن سكوتهما ظن بعض المتأخرين أنه لا خلاف في هذه المسألة بينهم في بطلان العقد بعد الكساد، والسكوت عن ذكر الخلاف لا يدل على الاتفاق.

ونقل عن «الأسرار»: أنه إذا اشترى شيئاً بفلوس نافقة في الذمة، فكسدت قبل القبض.. بطل الشراء عندنا.

ولوِ استقرضَها فكسدَت.. يردُّ مثلَهَا.

وقال زفر: لا يبطل؛ لأنه ليس تحت الكساد إلاّ العجز عن تسليمه، والعقد لا يبطل بالعجز عن تسليم البدل؛ كما لو أبق العبد، وكما لو أسلم في الرطب فانقطع أوانه. انتهى.

ولا يخفى عليك: أن قوله: «عندنا» وإن دلّ على الاتفاق.. لكن دليل زفر يمنعه؛ لأنه بعينه هو دليل الإمامين في كساد الدراهم المغشوشة على ما مرّ.

(**ولو استقرضها**) أي: الفلوس النافقة (**فكسدت.. يرد مثلها**) عند أبي حنيفة؛ لأن استقراضها إعارة كما أنّ إعارتها قرض، وموجب كونها استقراضاً: رد العين معنى، وهو المثل، وموجب كونها إعارة: ردّ العين حقيقة، لكن لما كان قرضاً والانتفاع به إنما يكون بإتلاف عينه.. قال: ردّ عينها حقيقة، فيجب ردّ عينه معنى، ويجعل بمعنى العين حقيقة؛ لئلا يلزم مبادلة الشيء بجنسه نسيئة.

فإن قيل: كيف يكون المثل بمعنى العين وقد فات الثمنية، وإما كان بمعنى العين أن لو رد مثله حال كونه نافقاً؟

أجيب: بأن الثمنية فضل في القرض [١٥١/أ] فيجوز أن ينفكّ عنها ويجعل الاستقراض من حيث كونه من ذوات الأمثال، ولهذا جاز الاستقراض في كل مكيل وموزون وعددي متقارب، ولا ثمنية فيها، وبالكساد لم يخرج عن كونه من ذوات الأمثال، بخلاف البيع؛ لأن الفلوس إنما تدخل في البيع بصفة الثمينة، وقد فات ذلك بالكساد، كذا في «العناية» قال: وتحقيقه: أن المثل المجرد عن الثمينة أقرب إلى العين من القيمة.. فلا يصار إليها ما دام ممكناً.

الدائن إذا استد من غريمه زيوفاً فأنفقها، ثم علم أنها زيوف، هل يردّ مثل الزيوف؟

فعلى «شرح المجمع»: أنه يردّ مثل الزيوف ويرجع بالجياد.

وَعند أَبِي يُوسُفَ: قيمَتهَا يَوْمَ الْقَرْضِ.

وَعند مُحَمَّدٍ: يَوْمَ الكسادِ.

وَلَا يجوزُ البيعُ بِغَيْر النافقةِ مَا لم تتعيَّن.

وَمنِ اشْترى بِنصْفِ دِرْهَمٍ فلوسٍ، أَو دانقٍ فلوسٍ، أَو قِيرَاطٍ فلوسٍ.. جَازَ البيعُ، وَعَلِيهِ مَا يُبَاعُ بِنصْفِ دِرْهَمٍ أَو دانقٍ أَو قِيرَاطٍ مِنْهَا.

وفي «القنية»: أنه لا يردّ، ولا يرجع بشيء عند أبي حنيفة ومحمد، ويرد ويرجع بالجياد عند أبي يوسف.

فعلم: أن المسألة خلافية.

وفي «الكافي»: إن كان عينه باقياً.. يرد بالاتفاق، وإن استهلك.. يرد مثله عندهما، ويرجع بالجياد.

(**وعند أبي يوسف**): يرد (**قيمتها يوم القرض، وعند محمد: يوم الكساد**)؛ لأنه لما بطل وصف الثمنية.. تعذر ردّها كما قبض، وليس المثل المجرد عنها في معناها، فيجب ردّ قيمتها؛ كما إذا استقرض مثلياً فانقطع.

لكن عند أبي يوسف: قيمته يوم القبض؛ لكونه أيسر على الناس؛ لأن قيمته يوم القبض معلومة، ويوم الكساد لا يعرف إلا بحرج، وعليه الفتوى.على ما ذكرناه.

وعند محمد: قيمته يوم الكساد؛ لكونه أنظر للجانبين، وعليه فتوى قاضي خان.

(**ولا يجوز البيع بغير**) الفلوس (**النافقة ما لم تتعين**) لأنها حينئذ تكون سلعة؛ فلا بد من التعيين في العقود.

(**ومن اشترى بنصف درهم فلوس**) صفة لنصف درهم، أو بدل منه (**أو دانق**) وهو سدس الدرهم (**فلوس**) صفة دانق أو بدل منه (**أو قيراط**) وهو نصف الدانق (**فلوس**) صفة قيراط أو بدل منه (.. **جاز البيع**) في كلها؛ لكونها مالاً معلومة عند الناس وقت العقد (**وعليه**) أي على المشتري (**ما يباع بنصف درهم**) فضة (**أو دانق فضة أو قيراط**) فضة (**منها**) أي من الفلوس، وهذا تعلق لما يباع يعني: على المشتري

أن يدفع إلى البائع من الفلوس قدر ما يعطي في مقابلة نصف درهم أو دانق أو قيراط من الفضة.

وفيه خلاف زفر، قال: لا يجوز البيع في الكل لأنه اشترى بالفلوس، والفلوس تعتبر بالعدد وتقدر به، لا بالدرهم والدانق والقيراط؛ فإذا لم يبين عدد الفلوس [١٥١/ب].. كان مجهولاً، فلا يجوز، ولأن العقد وقع على الدانق والدرهم والقيراط.

ثم شرط إبقائه من الفلوس يكون شرط صفقة في صفقة.. فلا يجوز.

قلنا: إن كلامنا فيما إذا كان ما يباع بنصف درهم أو بدانق من الفلوس معلوماً عند الناس بأن يكون الدرهم أو الدانق أو القيراط عبارة عن قدر من الفلوس؛ كما يكون كذلك في بعض البلاد؛ فإذا كان قدر الفلوس معلوماً.. كان كأنّه صرح بقدرها، فجاز؛ لعدم الجهالة، ولا نسلم أن العقد وقع على الدانق والدرهم، بل وقع على الفلوس؛ لأنه أوضحه بلفظ الفلوس، والفلوس يستعمل في الكسور؛ صوناً للدراهم عن الكسر، وذكر الدرهم لتقدير الفلوس الواجب بالعقد.

بخلاف ما إذا اشترى بدرهم فلوس؛ لأن الفلوس لا تستعمل مكان الدرهم، فكان العقد واقعاً على الدرهم، ثم بشرط إبقائه من الفلوس شرط صفقة في صفقة.. فلا يجوز، كذا في «العناية» نقلاً من «إشارات الأسرار».

ثم قال نقلاً عن «المختلف»: ولو اشترى شيئاً بدرهم فلوس يجوز عند أبي يوسف، وعند محمد: أنه لا يجوز؛ لأنه لا تعامل فيه، بخلاف دانق فلوس؛ فإن فيه تعاملاً.

ولأبي يوسف: أنه باع بثمن معلوم فصار كدانق فلوس، قال مشايخنا: قول أبي يوسف أصح. انتهى.

فما ذكره عن «إشارات الأسرار» إنما يستقيم على قول محمد ، لا على قول أبي يوسف كما تراه.

وَلَو دفَع إِلَى صيرفيٍّ دِرهماً وَقَالَ: أَعْطِنِي بِنصفِهِ فُلُوساً وبنصفِهِ نصفاً إِلَّا حبّةً.. فسدَ البيعُ فِي الْكلِّ.

وَعِنْدَهُمَا: صَحَّ فِي الْفُلُوسِ.

وَلَو كرَّرَ «أَعْطِنِي».. صَحَّ فِي الْفُلُوسِ اتفاقاً.

(ولو دفع إلى صيرفي درهماً) كبيراً، (وقال: أعطني بنصفه فلوساً وبنصفه نصفاً) أي: درهماً صغيراً وزنه نصف درهم كبير؛ كذا فسره في «العناية» (إلّا حبة.. فسد البيع في الكل) عند أبي حنيفة؛ لاتحاد الصفقة، وقوة الفساد في حصة الفضة؛ لكونه مجمعاً عليه، فيشيع في الكل؛ كما إذا جمع بين حرّ وعبد وباعهما صفقة واحدة على ما مرّ في آخر البيع الفاسد.

(وعندهما: صحّ في الفلوس)، وفسد فيما بقي؛ لأنه قابل نصف الدرهم بالفلوس، ولا مانع فيه عن الجواز، وقابل النصف بنصف إلا حبّة وهو ربا.. فلا يجوز.

(ولو كرر أعطني) بأن قال: أعطني بنصفه فلوساً وأعطني بنصفه نصفاً إلا حبة (.. صح في الفلوس اتفاقاً)؛ لأنه عقدان، وفساد أحدهما لا يوجب فساد الآخر؛ كما لو قال: بعني بنصف هذه الألف عبداً وبعني بنصفها دناً من الخمر؛ فإن البيع في العبد صحيح، وفي الخمر فاسد، ولم يشع الفساد؛ لتفرق الصفقة.

وحكي عن أبي جعفر الهندواني وشيخ الإسلام [١٥٢/أ]: أن العقد لا يصح هنا أيضاً وإن كرّر لفظ الإعطاء، لاتحاد الصفقة؛ فإن «أعطني» مساومة، وبتكرارها لا يتكرر البيع؛ لأن بذكر المساومة لا ينعقد البيع؛ فإن من قال: بعني، فقال: بعت.. لا ينعقد البيع ما لم يقل الآخر اشتريت، وإذا كان لا ينعقد بذكر المساومة.. فكيف يتكرر بتكرارها؟ والأول أصح، لأن ذلك صار معلوم المراد في أنه إيجاب؛ فإذا وجد القبول.. ينعقد العقد.

وَلَو قَالَ: أَعْطِنِي بِهِ نصفَ دِرْهَمٍ فلوسٍ وَنصفاً إِلَّا حبّةً.. صَحَّ فِي الْكلّ، وَالنّصفُ إِلَّا حبّةً بِمثلِهِ، والفلوسُ بِالْبَاقِي.

(ولو قال: أعطني به نصف درهم فلوس ونصفاً إلَّا حبة) والفرق بينه وبين ما تقدم: أنه لم يكرر لفظة بنصفه، بل قابل الدرهم بما يباع من الفلوس بنصف درهم، وبنصف درهم إلا حبة.

(.. صح في الكل، والنصف إلَّا حبة) يقابل (بمثله، والفلوس) تقابل (بالباقي)؛ فكأنه قال: أعطني بهذا الدرهم المعلوم قدره كذا، وكذا فلوساً ونصف درهم إلا حبة.

ولو صرّح بهذا اللفظ.. يجوز، فكذا هذا.

هذا آخر أنواع البيوع.

* * *

الفهرس